Rechtswissenschaft.
1058
3 1761 06763299 2

Ex libris
universitatis
albertaensis

The Library of the
Juridisch-Politischer
Leseverein, Vienna

Presented to the
LIBRARY *of the*
UNIVERSITY OF TORONTO
by
Rutherford Library
University of Alberta

Civilistische

Abhandlungen

von

Anton Friedrich Justus Thibaut,

Hofrath und Professor des Rechts in Heidelberg; Correspondenten der Kaiserl. Gesetzgebungs-Commission in Petersburg.

JUR: POL:
LESEVEREIN

Heidelberg,
bey Mohr und Zimmer.
1814.

LIBRARY
FEB
3
1964
UNIVERSITY OF TORONTO

K
T4257
C58
1814

LIBRARY OF THE UNIVERSITY
OF ALBERTA

Vorrede.

Bey Bekanntmachung der nachstehenden Abhandlungen, welche zum Theil mit für meine Zuhörer geschrieben sind, und daher hin und wieder auch das Leichtere berühren, habe ich bloß zu bemerken, daß da, wo Pandekten-Fragmente wörtlich angeführt sind, im Zweifel immer die Florentinische Recension zum Grunde liegt; daß ich absichtlich nur da Varianten bemerklich machte, wo sie wichtig genannt werden können; und daß stets die edit. Neapol. von 1758 gemeynt ist, wenn ich Cuiacii opera citirte.

981561

Obgleich ich die letzte Correctur des Drucks selbst besorgte, so werden doch gewiß Druckfehler eingeschlichen seyn, weil ich für solche Dinge nun einmal durchaus kein Auge habe. Also mag die Güte der Leser verzeihen und verbessern, so weit es möglich und nöthig ist.

Heidelberg im August
1814.

A. T.

Inhaltsanzeige.

Seite

Erste Abhandlung: Ueber das Interdictum de glande legenda . . . . . 1 — 6

Zweyte Abhandlung: Ueber die Römische Habitatio, und den partus ancillae . . 7 — 36

Dritte Abhandlung: Ueber das Zurückbehalten unnützer Real-Servituten . . 37 — 47

Vierte Abhandlung: Ueber die Verpflichtung des Schenkers zur Evictions-Leistung 48 — 64

Fünfte Abhandlung: Ueber den Grundsatz: nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest . . . 65 — 78

Sechste Abhandlung: Ueber das Verhältniß der einzelnen Theile des Römischen Rechts . . . . . Seite 79—107

Siebente Abhandlung: Ueber das Verhältniß besonderer Sätze des älteren Rechts zu neuen Regeln . . . . . 108—130

Achte Abhandlung: Ueber die Aedilen und das ädilitische Edict . . . 131—145

Neunte Abhandlung: Grundzüge einer vollständigen Darstellung der Lehre von der Concurrenz der Civil-Klagen . . 146—204

Zehnte Abhandlung: Ueber die Arten das Corpus Iuris Romani zu allegiren . 205—265

Eilfte Abhandlung: Ueber die Natur der Rechte des Emphyteuta . . . 266—284

Zwölfte Abhandlung: Ueber die Beschaffenheit und den heutigen Gebrauch der fiduciaria tutela . . . . 285—304

Dreyzehnte Abhandlung: Ueber Pfand-Separatisten . . . . . 305—322

Vierzehnte Abhandlung: Ueber die Zulässigkeit der Rückforderung eines, für eine Nichtschuld bestellten Pfandes . . Seite 323—336

Fünfzehnte Abhandlung: Ueber die possessio des beschenkten Ehegatten . . 337—344

Sechszehnte Abhandlung: Ueber das Verhältniß und die Rechte neuer und alter Gläubiger bey einer abermaligen Verarmung des Gemeinschuldners . . . 345—358

Siebenzehnte Abhandlung: Beyträge zu der Lehre von den Bedingungen.

I. Gleichheit der aufschiebenden und auflösenden Bedingungen . . . . 359—366

II. Vindications-Recht des Veräußernden nach Eintritt der auflösenden Bedingung . 366—378

III. Ueber die Vermuthung für die auflösende, und gegen die aufschiebende Bedingung . 378—380

Achtzehnte Abhandlung: Ueber die rechtlichen Grundsätze bey Vertheilung der Gemeindesachen . . . . . 381—403

Neunzehnte Abhandlung: Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts (zweyte vermehrte Ausgabe) . Seite 404—466

Zwanzigste Abhandlung: Ueber die Vereinbarlichkeit der actio negotiorum gestorum des Geschäftsführers mit einem, demselben von einem Dritten gegebenen Auftrage . . . . . 467—472

Erste Abhandlung.

Ueber das Interdictum de glande legenda.

Schon in den zwölf Tafeln war vorgeschrieben: ut glandem in alienum fundum procidentem liceret colligere [1]), welche Vorschrift fast nothwendig daraus folgte, daß zugleich angeordnet war, die in die Luftsäule eines angrenzenden Feldstücks überhängenden Zweige brauchten bloß in den ersten 15 Fuß von der Erde bekappt zu werden, und könnten höher hinauf stehen bleiben [2]). Das Edict gestattete wegen jener Fruchtlese ein besonderes Interdict,

1) Plinius histor. nat. L. 16. c. 6.

2) So muß man gewiß die Vorschrift verstehen, und nicht umgekehrt, wie die Basilika L. 60. T. 16. n. 13. Man betrachte nur Feldbäume in guten Gegenden. Da geht gleich unten alles ins Breite. Der Gipfel ist unbedeutend, und von ihm ist das Gefährlichste, nämlich das Verdumpfen, nicht zu fürchten. Das Licht gewinnt auch nicht, wenn bloß der Ueberhang des Gipfels bekappt wird.

gewiß deswegen, weil hier von schnell verderbbaren Sachen die Rede ist, wo ohne schnelle gerichtliche Hülfe das ganze Recht vereitelt werden würde. Nach Ulpians Anführung [3]) lautete das Edict hierüber so: glandem, quae ex illius agro in tuum cadat, quominus illi tertio quoque die [4]) legere, auferre liceat, vim fieri veto. Was jenes: tertio quoque die eigentlich sagen wollte, lassen viele unsrer Juristen unentschieden [5]), wogegen man um so häufiger aus Römischen Dichtern zur Erklärung des Wortes glans allerley Verse beygebracht hat [6]), oder gar ein Paar schmutzige Verse von Alciatus als festivum emblema [7]). Selbst Cujacius hat die Sache auf sich beruhen lassen [8]), ob-

3) L. 9. §. 1. ad exhib. (10. 4.) L. un. de glande legenda (43. 28.).

4) Nach der Glosse gibt es Manuscripte, welche quoquo lesen. Diese Lesart, welche andeutet, daß etwas durch und durch so sey, kann hier zu keinem vernünftigen Sinn führen.

5) Z. B. Donellus comm. L. 15. c. 37. Huber prael. ad P. L. 42. T. 28. Heineccius elem. iur. civ. sec. ord. Dig. §. 346. Malblanc princ. §. 412.

6) Selbst der gute Peter Müller that es. Recht natürlich ist Bouchaud comment. sur la loi des douze tables. ed. 2. T. 2. p. 98.: tous les auteurs s'accordent à dire, qu'avant l'invention de l'agriculture les hommes se nourrirent de gland, et s'estimèrent heureux d'en manger, et de boire de l'eau.

7) C. Landi exercitatt. libellus in Otto Thes. T. 3. p. 1431.

8) Cuiacius tr. de divers. temp. praescr. c. 5. (op. T. 1. p. 526.); parat. ad D. L. 43. T. 28. (op. T. 1. p. 855.); notae ad Dig. ibid. (op. T. 10. p. 519.).

wohl die gleich zu erwähnenden verschiedenen Ansichten der Glossatoren ihn zu einer genaueren Prüfung hätten leiten sollen. Die mehrsten unsrer theoretischen und practischen Juristen nahmen immer an, der Prätor habe die Dauer des Interdicts auf drey Tage gesetzt, man dürfe also vom Augenblicke des Ueberfallens an gerechnet, 3 Tage hindurch zu jeder Zeit das Obst auflesen; nachher werde es res nullius, oder könne dann wenigstens nur durch die gewöhnlichen Actionen verfolgt werden [9]). Diese Ansicht findet sich schon in den Basiliken [10]), und noch bestimmter bey Eustathius [11]), auch hat sich die Mehrzahl der Glossatoren ausdrücklich dafür erklärt. So hatte denn die spätere gemeine Meynung gute Gründe, der Sache nicht weiter nachzudenken. Indeß hatte schon Azo die Idee, das tertio quoque die sey dahin zu verstehen, daß das Auflesen nur je um den dritten Tag geschehen dürfe, eine Erklärung, welche gewiß auch nach dem

9) Zasius, Struk, Beyer, Wesenbeck, Schilter, Schöpfer, Müller zu Struv, Wissenbach, Hellfeld, C. v. Eck zu Pand. L. 43. T. 28. Madihn princ. §. 341. Günther princ. §. 1111., auch in einer eignen Abhandlung H. Hildebrand de fructibus in alienum praedium propendentibus. Altorf 1727. c. 1. §. 8.

10) Basilika L. 15. T. 4. n. 9. §. 1. Fabrot überzeugt auch hier wieder nachlässig durch Abschreiben der Pandekten. Sein Text sagt nicht, wie er, tertio quoque die, sondern per triduum.

11) Eustathius de temporum intervallis, sub rubro de tribus diebus §. 1.

Römischen Sprachgebrauch völlig gerechtfertigt werden kann, sobald man das: quoque nicht als Adverbium, sondern als den Ablativus von quisque behandelt. Obgleich nun auch Bartolus über diese Erklärung sein placet ausgesprochen hatte, bloß mit der Beschränkung, daß eine Ausnahme zu machen sey, wenn die übergefallenen Früchte schneller, als in 3 Tagen, verderben würden [12]): so ward doch nachher wenig an jene Erklärung gedacht. Beyläufig hat Voet einmal einen gleichen Gedanken gehabt; allein bey seiner eigentlichen Darstellung des Interdicti de glande legenda erklärt er sich unbestimmt über die Sache, indem er ganz offenbar irrig den Grund, warum der Nachbar des Auflesen leiden müsse, darin finden will: es sey eigne Schuld des Nachbarn, wenn der Ueberfall erfolge, da er es ja habe abwenden können, wenn von ihm das Bekappen des Ueberhanges (welches er ja nicht absolut fordern kann!) verlangt sey: und am Ende erklärt er sich bestimmt für die gemeine Theorie, ohne der andern zu erwähnen [13]). Ich selbst habe in den beyden ersten Auflagen meines Pandekten-Systems die gemeine Theorie gebilligt, in den beyden letzten aber, (§. 582. not. p. §. 1037.) das tertio quoque die wie Azo übersetzt. Eben dieß hat gleichzeitig auch Konopak gethan [14]), aber ohne Gründe

12) Bartolus comment. in Digest. nov. L. 43. T. 28. L. 10. T. 4. §. 1. L. 43. T. 28. L. 44. T. 3. §. 6.

13) Voet comm. ad D.

14) Institut. §. 668. not. n.

anzugeben, welche auch bisher, so viel ich weiß, noch von Niemand zur Rechtfertigung jener zweyten Meynung beygebracht sind.

Daß Azo die richtige Ansicht hatte, scheint mir aus folgenden Gründen unwidersprechlich hervorzugehen. Bey der gemeinen Erklärung muß man annehmen, das Edict habe gesagt: auch noch am dritten Tage darf aufgelesen werden, woraus denn freylich durch das argumentum a contrario folgt, daß man am vierten Tage wegbleiben muß. Allein wo hat das Edict je eine solche Sprache geredet, welche nur dem Rechtsgelehrten geziemt, sofern er mit Männern seines Fachs zu thun hat, denen es bekannt ist, worauf es ankommt, und was in der Wissenschaft streitig ist? Nach jener Erklärung muß man annehmen, daß es eine Partey gab, nach deren Meynung das Auflesen nur 1. oder 2. Tage Statt finden solle. Diese fertigt denn der Prätor, etwa wie Paulus seine Gegner, mit einer lakonischen Wendung ab, und setzt dabey voraus, daß alle Leser des Edicts den durch dasselbe beygelegten Streit kennen. Welche Idee, besonders wenn man bedenkt, daß sonst niemals von einem Decisionen-Styl etwas im Edict vorkommt, und daß das Edict, wenn es hier eine dreytägige Präscription haben wollte, nach seiner gewohnten Weise schlechtweg von einem intra tres dies hätte reden müssen. Und welchen Vernunftgrund sollte ein so kurzer Termin gehabt haben? Weil Früchte schnell verderben, sagt

man gewöhnlich. Allein bey vielen Früchten, z. B. Eicheln, Nüssen und Kastanien, ist dieß gewiß nicht der Fall; und was braucht sich das Edict um die Früchte zu bekümmern, welche binnen drey Tagen faulen, da sie nach dem Verfaulen am vierten Tage doch Niemand abholen wird? Von Strafen der Nachlässigkeit kann hier vernünftiger Weise auch nicht die Rede seyn, da der Landmann, besonders in gebirgigten Gegenden, oft Wochen lang nicht im Stande ist, seine sämmtlichen Feldstücke zu besichtigen. Uebersetzt man dagegen: je um den dritten Tag, so ist alles in der Ordnung. Das Edict enthält dann, ohne Seitenblicke, eine einfache Regel, und diese Regel ist durchaus weise. Denn wenn es auch die Humanität erfordert, daß man dem Nachbarn das Auflesen erlaube, so erfordert doch auf der andern Seite auch die Delicatesse, daß er nicht in jeder Minute wiederkehre, und sich des, oft unerträglichen Ueberlaufens enthalte, zumal da bey dem häufigen Ueberschreiten und Durchsuchen auf dem Boden leicht viel verdorben werden kann. Daher würde ich denn auch die oben erwähnte Einschränkung von Bartolus verwerfen. Denn wenn man danach auch ein Paar leicht faulende Kirschen mehr retten kann, so darf der Nachbar wohl mit Recht verlangen, daß man seine Ruhe höher achte, und also bey dem Buchstaben des Gesetzes bleibe.

Zweyte Abhandlung.

Ueber die Römische Habitatio, und den partus ancillae.

Die Lehre von der servitus habitationis ist zwar in allen Lehr- und Handbüchern, und in allen Commentaren der Institutionen und Pandekten berührt, und selbst in eignen Abhandlungen besonders erörtert [1]; allein an Licht hat sie seit der Zeit der Glossatoren, und auf allen Fall seit Donellus und Cuiacius, nichts gewonnen, und vor den breiten Tractat von Lynker möchte man fast das: monstrum ingens cui lumen ademtum schreiben.

1) N. C. Lib. Bar. de Lynker D. de iure habitationis. Giess. 1673. ed. nov. Ien. 1704. 8. G. Maiansii Disp. de habitatione. (Disp. P. 1. n. 18.). I. Wieger positiones iuridicae de usu et habitatione. Arg. 1751. C. II. Breuning quaest. iur. civ. controversi an habitatio sit servitus iuris civilis. Lips. 1774. Schott Wochenblatt 1773. nr. 24. Gmelin und Elsässer gemeinnützige juris. Beobacht. und Rechtsf. 3. B. nr. 7.

Gewöhnlich fertigt man die Sache mit der kurzen Bemerkung ab, daß die habitatio vom ususfructus und usus in Betreff ihrer Endigung durch Nichtgebrauch und capitis deminutio minima, so wie in Ansehung der Ueberlassung an Andre verschieden sey, oder gewesen sey, und auf allen Fall keine Eigenthumsrechte ertheile. Viele lassen sich auf nichts ein, weil wir in unsrer Sprache reden, deren Sinn freylich nicht aus dem römischen Sprachgebrauch abgeleitet werden kann. Schon U. Huber hat halb tadelnd auf jene frostige Behandlung aufmerksam gemacht [2]). Allein in seinen Schriften über Institutionen und Pandekten, wo er hätte genauer reden sollen, wird die habitatio eben so stiefmütterlich, als in andern Werken behandelt.

So viel ist gewiß, daß die Classiker über die Natur der habitatio nicht einig waren, und daß Justinianus deswegen eine Decision erließ. Die hauptsächlichsten Streitpunkte waren diese: ist die habitatio dem usus oder ususfructus aedium gleich, oder eine eigne Servitut, oder gar eine Anweisung des Eigenthums [3])? kann der, dem die habitatio gegeben ward, die Ausübung seines Rechts vermiethen [4])? gilt es als bloße habitatio, wenn gesagt ist, es solle Jemandem der ususfructus habitandi caussa

2) Eunomia Romana p. 353. 354.

3) L. 10. pr. de usu et hab. (7. 8.) L. 13. C. de usufr. (3. 33.) Eckhard herm. iur. p. 334.

4) §. 5. I. de usu et habit. (2. 5.) L. 13. C. cit.

verliehen seyn [5])? und dauert die habitatio nicht bloß ein Jahr, sondern lebenslänglich, wenn sie unbestimmt verliehen ward [6])? Daß man die beyden letzten Fragen bejahen müsse, steht, als etwas ausgemachtes, in den Pandekten, und darauf geht denn Justinians Decision nicht, sondern nur auf die beyden ersten Fragen, obgleich auch nicht so unbedingt, als man gewöhnlich zu sagen pflegt. Die Worte jener Decision, nämlich der L. 13. C. de usufr. (3. 33.), von der wohl zu bemerken ist, daß sie schon im Jahr 530., also vor den Pandekten erschien, lauten nach den gewöhnlichen Ausgaben so:

> Cum antiquitas dubitabat, *usufructu habitationis* legato, et primo quidem, cui similis esset, utrumne usui, vel usufructui, an neutri eorum, sed ius proprium, et specialem naturam sortita esset [7]) habitatio; postea autem, si posset

5) L. 10. §. 2. de usu et hab. (7.8.) Ulpianus: sed si sic relictus sit, *illi domus ususfructus habitandi causa*, utrum habitationem solam, an vero et usumfructum habeat, videndum. Et Priscus et Neratius putant, solam habitationem legatam; quod est verum. Planc, si dixisset testator, *usum habitandi caussa*, non dubitaremus, quin valeret. Die Entscheidungsgründe waren gewiß: der Zusatz: habitandi caussa bestimmt erst recht, was gesagt seyn sollte. Bey dem zuletzt genannten Fall konnte gar kein Zweifel seyn, da, nach der vorangegangenen Erklärung Ulpians usus und habitatio fast einerley sind. Majansius l. c. §. 13.

6) L. 10. §. 3. eod.

7) Offenbar lesen viele Mspte, besser: est.

is, cui habitatio legata esset, eandem locare, vel dominium sibi vindicare: auctorum iurgium decidentes, compendioso responso omnem huiusmodi dubitationem resecamus. Et si quidem *habitationem* reliquerit, ad humaniorem declinare sententiam nobis visum est. et dare legatario etiam locationis licentiam. Quid enim distat, sive ipse legatarius maneat. sive alii cedat. ut mercedem accipiat? Et multo magis si *habitationis usumfructum* reliquerit, cum et nimiae subtilitati satisfactum videatur, etiam nomine ususfructus addito. In tantum etenim valere habitationem volumus, ut non antecellat usumfructum: nec dominium habitationis speret legatarius, nisi specialiter evidentissimis probationibus ipse legatarius possit ostendere, et dominium ejus domus esse relictum: tunc etenim voluntati testatoris per omnia obediendum est. Quam decisionem locum habere censemus in omnibus locis [8]), quibus habitatio constitui potest.

In dieſer Conſtitution iſt nun nicht, wie man mehrentheils zu ſagen pflegt, der frühere Streit über die Natur

8) Die Lesart: omnibus modis iſt gewiß vorzuziehen. Donellus comm. L. 10. c. 1.

der habitatio im Allgemeinen entschieden, vielmehr wird darin bloß historisch angeführt, es sey bereits angenommen, daß sie eine eigne Natur habe, und bloß das war die eigentliche Hauptfrage, ob dem habitans das Vermiethen zu untersagen sey, selbst wenn ihm der usus-fructus habitationis, den man im Ganzen der bloßen habitatio gleichsetzte [9]), hinterlassen sey; wobey denn natürlich auch nebenher wieder in Frage kam, ob ihm ein Eigenthum zustehe? Daß der Kaiser seine Decision eigentlich nur auf jene Frage richten wollte, ist auch in den Institutionen klar angegeben [10]), und eben so von Theophilus [11]). Will man also die individuelle Natur der habitatio genauer kennen lernen, so müssen vor allen

9) S. oben not. 5.

10) §. 5. I. de usu et hab. (2. 5.) Sed si cui habitatio legata, sive aliquo modo constituta sit, neque usus videtur, neque ususfructus, sed quasi proprium aliquod ius: quanquam habitationem habentibus, propter utilitatem secundum Marcelli sententiam nostra decisione promulgata permisimus, non solum in ea degere, sed etiam aliis locare.

11) Paraphras. L. 2. T. 5. §. 5. Si habitatio alicui legata, aut alio etiam modo constituta sit, neque usus videtur, neque ususfructus, sed velut singulare quoddam ius. Quaesitum est autem, an habens habitationem alii eam possit locare? Et multis iureconsultis contradicentibus, soloque Marcello locationem permittente, facta est constitutio religiosissimi imperatoris nostri, quae hanc quaestionem decidit, et Marcelli sententiam probat, permittens, propter utilitatem rerum, non modo ipsum habitare si velit, sed et locare aliis.

Dingen die Aeußerungen der Classiker in den Pandekten geprüft werden; und dabey kann man mit Gewißheit behaupten, daß es ganz bey dem bleiben muß, was die Classiker als Eigenthümlichkeit der habitatio angeben, indem, wie gesagt, die Pandekten nach der L. 13. C. cit. publicirt sind, und diese Constitution über das Wesen der habitatio im Allgemeinen keine Entscheidung enthält, also im Verhältniß zu den bestimmten Entscheidungen der Pandekten gar nicht als derogirend gelten kann.

Es kommt demnach zunächst alles darauf an, die in den Pandekten erwähnten Verschiedenheiten zwischen usus, ususfructus aedium, und habitatio genau zu entwickeln. Sie sind folgende, oder sollen es wenigstens nach der Behauptung vieler Juristen seyn:

1) Der Usufructuar, wie der Usuar eines Hauses, kann nicht bloß die Benutzung der bewohnbaren, sondern auch der übrigen Theile des Hauses, und der Zubehörungen desselben, verlangen; der habitator dagegen hat nur Anspruch auf das, was eigentlich zum Wohnen bestimmt ist, also nicht auf den Gebrauch des Hausbodens oder Speichers, des Kellers, der Ställe, des Hofes, und Hausgartens [12]).

12) Majansius Disp. cit. §. 6. Huber et Thomasius ad Inst. L. 2. T. 5 §. 6. Franzke ad Inst. eod ad Pand. L. 7. T. 8. nr. 9. Gebauer ordo inst. L. 2. T. 5. §. 5. Wernher lectiss. comm. L. 7. T. 8. §. 3. Madihn princ. §. 375. Malblank princ. §. 431. Günther princ. §. 619.

Allein diese, schon angefochtene [13]), aber noch nicht gehörig widerlegte Behauptung ist ganz unnatürlich. Denn überall räumt man ja dem, welcher zur Hauptsache berechtigt ist, auch die für diese Sache bestimmten Nebendinge, als etwas ein, was tacite folgt, und bloß so weit kann man auch dem Usufructuar eines Hauses jene Nebendinge einräumen [14]). Wo soll nun der Grund liegen, daß der habitator hier beschränkter ist? Etwa darin, weil ihm doch nur ein Wohnrecht gegeben ward? Dann müßte man bey dem usus-fructus aedium dasselbe annehmen, da ja Hof und Garten nie aedes heißen. Sagt man also bey dem Nießbrauch eines Hauses, daß des vermuthlichen Willens des Verleihers wegen, auch die Nebendinge des Hauses darunter fallen, so muß aus gleichen Gründen dasselbe von der habitatio gelten. Dafür entscheidet auch ein Gesetz [15]) nicht undeutlich, welches verordnet, zu dem habitare gehöre auch, ut iter et actum habeat. Das Vieh, welches über den

13) Lynker l. c. Sect. 4. §. 6. Höpfner Comm. §. 382.

14) L. 91. §. 5. 6. de leg. III. (32.). Qui domum possidebat, hortum vicinum aedibus comparavit, ac postea domum legavit. Si hortum domus caussa comparavit, ut amoeniorem domum ac salubriorem possideret, aditumque in eum per domum habuit, et aedium hortus additamentum fuit, domus legato continebitur. Appellatione domus insulam quoque iniunctam domui videri, si uno pretio cum domu fuisset comparata, et utriusque pensiones similiter accepto latas rationibus ostenderetur.

15) L. 81. §. 3. de leg. I. (30.).

actus geht, wird doch aber Niemand in sein Wohnzimmer aufnehmen sollen. Ohnehin sind Hof, Stall und Keller in der Regel unentbehrliche adminicula des Wohnens, indem ohne ihren Gebrauch der Gebrauch der bloßen Wohnzimmer ohne Interesse ist. Mit der Verweisung auf manche andre Nebendinge, wobey auch Könige an das homo sum erinnert werden, könnte man noch mehr Verlegenheit schaffen. Indeß gibt es zwey Fragmente, welche, wenigstens mit einigem Schein, für jenen angeblichen Unterschied benutzt sind. Das eine derselben [16]) ist von Scävola und lautet so:

> Olympico habitationem et horreum, quod in ea domo erat, quoad viveret, legavit. Iuxta eandem domum hortus, et coenaculum, quod Olympico legatum non est, fuerunt; ad hortum autem et coenaculum semper per domum, cujus habitatio relicta erat, aditus fuit. Quaesitum est, an Olympicus aditum praestare deberet? Respondi, servitutem quidem non esse, sed heredem transire per domum ad ea, quae commemorata sunt, posse, dum non noceat legatario.

Allein es ist hier, wie auch schon die Glosse bemerkt hat, offenbar von einem Fall die Rede, wo der Garten und

16) L. 41. pr. de S. P. U. (8. 2.).

das coenaculum nicht eigentlich zu dem Hause gehörten, in welchem Fall, wie vorhin bemerkt ward, auch der Nutznießer eines Hauses kein Recht darauf würde gehabt haben. Das zweyte Fragment ist ein weitläuftiger Auszug aus Ulpianus ad Sabinum [17]), wo der Verfasser damit anfängt: plenum autem usum debet habere, si et villae et praetorii relictus est, und dann nachher entwickelt, ein solcher Usuar habe praeter habitationem auch das ius deambulandi et gestandi, könne von den Früchten der Ländereyen das Nöthige beziehen, und davon sogar mit für seine Angehörigen und Gäste nehmen, nur sey es seine Pflicht, ut utatur duntaxat in villa. Nimmt man hier nun das Wort villa bloß für Landhaus, und bezieht man dasselbe mithin bloß auf ein Gebäude, welcher Sinn freylich damit verbunden werden kann [18]), so entstehen hier freylich Schwierigkeiten. Denn der Jurist spricht dem usuarius villae das nöthige Holz, Obst, Getraide u. s. w. zu, und nach der Vernunft und Analogie wird doch Niemand behaupten können, daß der, dem bloß die habitatio auf einem Landgut angewiesen ist, auch den Genuß der Ländereyen habe. Weiß man indeß, daß das Wort villa, wie unser Wort Landsitz, auch grade die Ländereyen, auf denen das Landhaus steht, bezeich-

17) L. 12. pr. §. 1. de usu et hab. (7. 8.).

18) L. 8. 9. 10. pr. quib. mod. ususfr. am. (7. 4.) L. 81. §. 3. de leg. I. (30.)

net [19]), so bleibt nicht das geringste Bedenken übrig. Die habitatio kann nämlich, ihrem Begriff zu folge, nur auf ein Gebäude, und die zum besseren Gebrauch desselben bestimmten Nebendinge gehen. Der usus dagegen kann an allen Arten der Dinge, selbst an fruchttragenden Sachen, Statt finden. Gibt man also einer Person den usus mehrerer Sachen vereinigt, welche durch Bewohnen oder sonst benutzt werden können, so erstreckt sich sein Recht über alles, weil es bey allen Arten der Dinge möglich ist. Der Habitator dagegen muß in der Hauptsache sich mit dem Wohnen begnügen, aber nicht, weil er auf keine Nebendinge Anspruch hat, sondern weil das Hauptobject seines Rechts beschränkt ist, und wo dieß bey dem usus Statt fände, da würde auch dasselbe anzunehmen seyn, z. B. wenn bloß der usus domus in villa vermacht wäre.

2) Der Ususfructus, und also auch der Usus [20]), wird nach dem Pandektenrecht durch jede capitis deminutio verloren [21]), und Justinianus hob dieß nur in Betreff der capitis deminutio minima auf [22]); doch konnte

19) L. 1. §. 2. de agnosc. vel al. lib. (25. 2.). Domum accipere debemus, hospitium, si in civitate maneat; quod si non sit, sed in villa, vel in municipio, illic ubi larem matrimonio collocarent.

20) L. 1. §. 1. de usu et hab. (7. 8.).

21) L. 1. pr. quib. mod. ususfr. am. (7. 4.).

22) L. 17. C. de usufr. (3. 33.).

man ein Erwachen des Nießbrauchs nach wieder eingetretener Fähigkeit herbeyführen, wenn man es ausdrücklich vorschrieb, oder denselben in Terminen, also vielfach gab, welches denn auch bey dem ausdrücklich auf Lebenszeit gegebenen Nießbrauch angenommen ward [23]). Die habitatio dagegen ging durch gar keine capitis deminutio zu Grunde [24]), und daher gab hier denn auch die Clausel: auf Lebenszeit, nicht mehr, als was sich schon von selbst verstand [25]). Zwar findet man fast in allen Schriften die Behauptung, daß jener Satz sich nur auf die capitis deminutio minima bezogen habe [26]), also nun, nach Justinians neuerer Vorschrift, in dieser Hinsicht der Nießbrauch der habitatio gleich sey. Allein mit Recht beziehen Andere den Satz auf jede capitis deminutio [27]), weil in den beyden Fragmenten, welche von der habitatio reden [28]), ganz unbedingt gesagt wird, sie gehe nicht durch capitis

23) L. 2. §. 1. L. 3. pr. §. 1. L. 5. pr. quib. mod. ususfr. am. (7. 4.) L. 3. §. 2. usufr. quem cav. (7. 9.) L. 8. de ann. leg. (33. 1.) L. 23. de usu et usufr. (33. 2.).

24) L. 10. de cap. min. (4. 5.) L. 10. pr. de usu et hab. (7. 8.).

25) L. 15. de usu et usufr. (33. 2.) Cuiacius Comm. ibid. (op. Vol. 7. p. 1350. 1351.).

26) Mit einer reinen petitio principii sucht es sogar zu beweisen Maiansius l. c. 4. §. 10.

27) Connanus comm. ad Inst. L. 4. c. 5. nr. 5. Ludwel ad Inst. eod. nr. 2. Harprecht ad Inst. eod. nr. 15. Perez in Cod. L. 33. T. 3. nr. 7.

28) S. vorhin not. 24.

deminutio verloren; wobey man auch um so leichter bleiben kann, indem wir denselben Rechtsatz bey einem andern ähnlichen (oder vielmehr, wie sich nachher zeigen wird, in einem ganz gleichen) Fall eben so, und ganz bestimmt nicht bloß auf die capitis deminutio minima bezogen, wiederfinden [29]). Nur das macht dabey Schwierigkeit, wo der Grund der Vorschrift liegt? Modestinus [30]) hat darüber dieß gesagt:

> Legatum in annos singulos vel menses relictum, vel si habitatio legetur, morte quidem legatarii legatum intercidit, capitis demmutione tamen interveniente perseverat: videlicet, quia tale legatum in facto potius, quam in jure consistit.

Diese dunkle Aeußerung ist auf mehrfache Art erklärt. Einige [31]) sehen die Sache so an: das uti oder frui deute auf ein Handeln, und so auf ein Recht; habitatio aber auf ein fixirtes, keiner Erlöschung unterworfenes Object.

29) L. 11. de alim. leg. (33. 1.) L. 3. de his quae pro non script. (34. 8.) L. 11. de interdict. et releg. (48. 22.).

30) L. 10. de cap. min. (4. 5).

31) Namentlich Cuiacius quaest. Papin. L. 17. ad L. 2. de usu leg. L. 18. ad princ. L. 10. de usu et hab. (op. Vol. 4. p. 456. 501.). Different. Modestini Lib. IX. ad L. 32. de r. v. (op. Vol. 5. p. 1195.). ad Inst. L. 2. c. 5. (op. Vol. 8. p. 917.). Notae ad Inst. L. 2. c. 5. (op. Vol. 1. p. 81.). Parat. ad Cod. L. 3. T. 33. (op. Vol. 2. p. 173. 174.). In libr. IV. prior. Cod. L. 3 T. 33. (op. Vol. 10. p. 939.).

Allein das wäre doch in der That eine klägliche Wortklauberey, und noch dazu eine ganz unjuristische, insofern anzunehmen ist, daß dem habitator nicht das Object gehört, sondern daß er nur zu Handlungen berechtigt ist. Die zweyte, gewöhnlichste, Erklärung geht dahin: factum bedeute in jenem Fragment die Billigkeit im Gegensatz des eigentlichen Civilrechts, also werde darin gesagt, die habitatio, als bloßes Billigkeits-Institut, leide nicht unter den strengen Grundsätzen über capitis deminutio [32]). Allein damit ist wieder nicht fertig zu werden. Denn Modestinus bezieht seinen Grund mit auf legata annui oder menstrui, welche doch gewiß nicht als bloße Billigkeits-Einrichtungen gelten können. Vergleicht man noch ein anderes Fragment [33]), so ist es wohl unleugbar, daß man mit einer dritten Partey [34]) jenen Grund so erklären muß: ein solches Legat ist keine juristische Einheit, sondern immer mit der neuen Zeit wiederkehrend, also durch das neue Factum immer aufs neue begründet. Allein auch so verstanden ist doch das Raisonnement des Juristen nicht

32) S. die beyden letzten Schriften in not. (1.), und Noodt de pact. et transact. c. 8. Nispen ad Modestini libr. IX. different. cap. IX. (in Oelrichs Thes. Diss. iur. sel. Vol. 1. T. 1. p. 87. 88.).

33) L. 1. pr. quando usus-fr. leg. (7. 3.).

34) Donellus comm. L. 10. c. 21. G. L. Boehmer observ. ad sententiam Modestini in L. 10. D. de cap. min. Goett. 1778. Glück Erl. d. Pand 1. B. S. 11. fgg. 9. B. S. 463. fgg.

viel besser, als der Ausspruch des Callistratus: Curatores Caesaris ius deportandi non habent, quia huius poenae constituendae ius non habent [35]). Denn das Recht der habitatio ist am Ende doch eine fortlaufende Einheit, wie die Gesetze selbst sagen [36]): und wenn man es also gegen die capitis deminutio immer wiederkehren ließ, so mußte dazu ein besonderer Grund seyn, welcher dieses Wiederkehren möglich machte. Dieser kann denn, ohne Cirkelschluß, nicht in dem Wiederkehren gesucht werden; also müssen dazu äußere Gründe vorhanden gewesen seyn. Ich werde am Ende dieser Abhandlung versuchen, diese Gründe aufzufinden und zu erklären.

3) Ususfructus und Usus gehen durch Nichtgebrauch verloren [37]), selbst nach dem Recht des Coder, welches nur den Termin erweitert hat [38]). Dem habitator dagegen schadet der non usus nicht [39]), wiewohl es sich freylich von selbst versteht, daß er nach den Principien der Klagenverjährung von seinem Rechte ausgeschlossen werden kann. Ueber den Grund jenes Unterschiedes schweigen die Gesetze. Unsre Ausleger nehmen gewöhnlich das: in facto

35) L. 3. pr. de offic. proc. caes. (1. 19.).

36) L. 15. pr. de usufr. leg. (33. 2.).

37) Pauli sent. rec. L. 3. T. 6. §. 30.

38) L. 16. C. de usufr. (3. 33.) vergl. mit L. 13. C. de servit. (3. 34.).

39) L. 10. pr. de usu et hab. (7. 8.).

consistit wieder zu Hülfe, oder bekennen gradezu ihre Unwissenheit, welches denn für Titius ein hinreichender Grund war, dem ganzen Unterschiede alle practische Gültigkeit abzusprechen [40]). So kühn sind nun freylich Andere nicht gewesen; aber doch hat man für das neueste Recht jenen Unterschied aus andern Gründen geleugnet. Ich selbst behauptete früher, die habitatio gehe nun auch durch Nichtgebrauch verloren, weil Justinians Decision verordne, der habitator solle nie mehr Rechte haben, als der Nutznießer [41]). Allein ich nehme diese, auch schon von Andern [42]) bestrittene Idee jetzt zurück. Denn Justinians Decision bestimmt, wie vorhin erinnert wurde, über die Natur der habitatio im Allgemeinen nichts, und so geben die Worte: ut non antecellat usumfructum durchaus nur darauf, daß der habitator kein Eigenthum haben solle. Wäre aber die Decision über diesen Punct auch zweydeutig, so wird doch aller Zweifel dadurch gehoben, daß später durch die Pandekten unbedingt der Verlust der habitatio durch Nichtgebrauch verworfen ist, und daß man eine Aenderung der Pandekten durch den Codex im Zweifel nie annehmen darf, besonders dann nicht, wenn die einzelne Constitution des Codex ein älteres Datum hat, als die Pan-

40) Titius ius priv. L. 3. c. 12. §. 31.

41) Meine Schrift über Verj. §. 58.

42) Glück Erl. d. Pand. 9. Bd. S. 382.

dekten. Auf einem andern Wege hat Vultejus [43]) um jenen Unterschied wegzukommen gesucht. Er sagt nämlich, weil die habitatio doch eine Dienstbarkeit sey, Justinianus aber in L. 13. C. de servit. et aqua (3. 34.) verordnet habe, ut *omnes servitutes* non utendo amittantur. so müsse nun auch von der habitatio dasselbe gelten. Allein erwägt man, daß der Ausdruck: servitutes vorzugsweise nur die Real-Servituten bezeichnet [44]), daß der Tit. C. de servit. et aqua auch nur von solchen Dienstbarkeiten handelt, und daß die L. 13. C. cit. noch dazu älter ist, als die Pandekten: so ist die Falschheit jener Behauptung augenscheinlich. — Uebrigens werde ich am Ende dieser Abhandlung auf den Grund jenes Unterschiedes zurückkehren.

4) Der Usufructuar kann die Ausübung seines Rechts gegen Vergeltung, oder umsonst, einem Andern überlassen [45]). Eben so der Usuar, jedoch mit der Einschränkung, daß er stets etwas von seinem Gebrauchsrechte selbst ausüben muß [46]). Der habitator dagegen kann die Ausübung seines Rechts nicht schenkungs-, aber wohl mieth-

43) Comm. ad Inst. L. 2. T. 5. und iurispr. Rom. L. 1. c. 63. not. 10.

44) Rubr. Tit. Pand. de Servitutt. (8. 1.) §. ult. I. de reb. corp. (2. 2.) §. 6. I. de usu (2. 5.).

45) L. 12. §. 2. de usufr. (7. 1.).

46) §. 2. I. de usu (2. 5.) L. 4. pr. L. 8. pr. D. cod. (7. 8.).

weise einem Andern überlassen. Das Letzte verordnet Justinians Decision ausdrücklich, und das Erste steht in den Pandekten eben so bestimmet [47]). Jene Beschränkung des Usuar läßt sich nach richtigen Begriffen über den Usus wohl erklären. Denn eine Sache gebrauchen heißt so viel, als selbst auf sie wirken. Zieht man statt dessen Einkünfte von der Sache, so ist dieß vielmehr fructus. Also ist ohne eignes Handeln des Berechtigten kein uti desselben denkbar. Allein worauf beruht jene Beschränkung der habitatio? Dieß hat bisher noch Niemand erklärt, obgleich es sich, wie nachher gezeigt werden soll, recht wohl erklären läßt. Gewöhnlich heißt es: man habe eine solche Beschränkung für nöthig gehalten, damit doch der Nießbrauch etwas mehr enthalte [48]). Allein warum soll er mehr enthalten, besonders da man auf andern Seiten den habitator vor dem Nutznießer begünstigte? So haben sich denn die mehrsten Ausleger, um nichts Sinnloses anzunehmen, dazu verstanden, lieber die ganze Vorschrift wegzustreiten. Cujacius variirte auch hier. An einem Orte [49]) bleibt er buchstäblich bey dem Gesetz, indem er ganz gut bemerkt: nam plus est donare, quam locare. Nam qui locat, fruitur habitatione percipiendo merce-

47) L. 10. pr. eod.

48) Damit erklärt man auch noch manches Andere.

49) Quaest. Papin. L. 18. ad princ. L. 10. de usu et hab. (op. Vol. 4. p. 501.)

dem. An einem andern Orte aber [50]) erlaubt er dem habitator auch das Verschenken, und zwar wegen L. 1. §. 1. commod. (13. 6.), wo Ulpianus nach Vivianus sage: etiam habitationem *commodari* posse, womit denn L. 10. pr. de usu et hab. (7. 8.), welche das Verschenken der habitatio verbiete, aufgehoben sey. Diese Ansicht findet sich zwar auch bey Andern [51]); allein sie läßt sich durchaus nicht retten. Denn die L. 10. pr. cit. ist gleichfalls von Ulpianus, und steht ebenfalls in den Pandekten. Will man hier also nicht gradezu eine Antinomie annehmen, so muß L. 1. §. 1. cit. in einem andern Sinn verstanden werden, und dieser ergibt sich von selbst, wenn man erwägt, daß das: habitationem commodari posse auch den Fall bezeichnet, wenn nicht der habitator, sondern der Hauseigenthümer ein Wohnrecht durch commodatum gestattet [52]). Eben so willkührlich ist es, wenn man gesagt hat [53]), die L. 10. pr. cit. beruhe noch auf der alten Ansicht vieler Classiker, daß die habitatio dem usus gleich sey, welches Justinians Decision vernichte. Denn in jenem Fragment zeigen die Worte: idem *pene* esse vielmehr gradezu an, daß der Verfasser desselben

50) ad Inst. L. 2. c. 5. (op. Vol. 8. p. 947.).

51) Hotomannus obs. L. 3. obs. 23, Otto ad Inst. L. 2. T. 5. §. 5.

52) Bachovius ad Inst. L. 2. T. 5. §. 5. Ludwel cod. Voet L. 7. T. 8. §. 6.

53) Glück Erl. d. Pand. 9. B. S. 461.

usus und habitatio nicht für gleichgeltend hielt. Und warum gestattete Justinianus blos das locare, und erklärte nachher aufs Neue in den Pandekten das donare für unerlaubt? Zwar soll er nach der Behauptung von Merillius[54]) in seiner Decision entschieden haben, ut *tantundem* iuris habeat habitatio legata, ac si ususfructus legatus esset. Allein es steht darin nichts, als der negative Satz, daß der habitator nicht mehr Rechte, als der Nutznießer, haben solle; woraus kein Logiker jenes positive tantundem ableiten kann. Wenn endlich Wernher meynt, jenes Verbot der Schenkung gehe nur auf eigentliche Cessionen, aber nicht auf unentgeltliche Ueberlassung der Ausübung der habitatio [55]), so muß er auf die Frage, wo er dergleichen gelesen habe? die Antwort schuldig bleiben. Die grammatische Auslegung muß demnach jenen Unterschied durchaus anerkennen.

5) Ususfructus und Usus sind in Ansehung ihrer Dauer nicht der Willkühr des Verleihers, oder der Nachfolger desselben unterworfen. Die habitatio dagegen, wenn sie durch Schenkung unter Lebenden erworben ward, kann von den Erben des Schenkers widerrufen werden. Die Pandekten sagen dieß zweymal, obgleich nicht in dem Haupttitel über habitatio, daher auch von diesem Unterschiede bey unsern Schriftstellern selten die Rede ist. In dem einen Frag-

54) Merillius expos. in L. Dec. Iustin. nr. XV.

55) Wernher lectiss. comm. L. 7. T. 8. §. 3.

ment [56]) erzählt Papinianus dieſen Fall: ein Schüler ſchenkte ſeinem Lehrer, wegen des von ihm erhaltenen Unterrichts in der Rhetorik, eine habitatio ganz unbedingt. Nach dem Tode des Schülers wollten deſſen Erben dem Beſchenkten die Wohnung nicht weiter laſſen. Dagegen hatte nun Papinianus reſpondirt, aus dem Grunde: non meram donationem esse, verum officium magistri quadam mercede remuneratum. Damit iſt alſo implicite geſagt, daß die Erben Recht gehabt hätten, wenn eine reine Schenkung geſchehen wäre. Noch beſtimmter hierüber iſt das zweyte Fragment aus den Gutachten des Scävola, in demſelben Titel [57]), welches ſo lautet:

> Lucius Titius epistolam talem misit: *Ille ill'i salutem. Hospitio illo, quamdiu volueris, utaris, superioribus diaetis omnibus gratuito: idque te ex mea voluntate facere, hac epistola notum tibi facio.* Quaero, an heredes eius habitationem prohibere possint? Respondit, secundum ea, quae proponerentur, heredes eius posse mutare voluntatem.

Die gewöhnliche Weiſe, wie man um dieſe Fragmente wegzukommen ſucht, damit eine, wie es ſcheint, unbegreifliche Singularität vermieden werde, iſt die, daß man ein

56) L. 27. de Donat. (39. 5.). 57) L. 32. D. eod.

Precarium supponirt, welches man denn auch durch die Worte: idque te ex mea voluntate facere etwas angedeutet glaubt [58]). Allein diese Worte gehen offenbar auf nichts, als daß der Beschenkte sich durch den Brief solle legitimiren können, und sonst kommt in beyden Fragmenten nicht das Geringste vor, was zu jener Voraussetzung führt. Die Worte: quamdiu volueris im letzten Fragment sind sogar bestimmt dawider. Daher hat es denn A. Faber in dem Werke, wo er alles wagt [59]), für gut gehalten, das: volueris in voluerim umzuschaffen. Allein in seinem spätern Werke über die Praxis, worin überall juristischer Gehorsam herrschen soll, bereuet er jene critische Willkühr, und sucht der Sache durch künstliche Combinationen zu helfen [60]), jedoch auf eine so unbegreiflich gesuchte Weise, daß es noch sehr höflich ist, wenn ein Andrer [61]) darüber ausrief: prorsus disputatio Fabri nodum hunc non solvit. Da zwey Fragmente über diesen Punct so bestimmet sind, so muß man nothwendig mit Cujacius [62]) dem Buchstaben des Gesetzes treu bleiben, obgleich sein Erklärungsgrund nicht paßt, wie auch schon Faber [63]) erinnert hat. Denn wenn er glaubt, daß die

58) Voet L. 7. T. 8. §. 7. et ibi citatt.

59) Coniecturae L. 2. c. 19.

60) Error. pragmat. Dec. 77. Er. 8.

61) Wissenbach Disp. 16. n. 16.

62) Obs. L. 17. c. 33. L. 21. c. 37.

63) Error. pragmat. l. c.

Sache mit der Lex Cincia in Verbindung gestanden habe, so muß man dagegen erwiedern: es ist völlig unerweislich, daß dieses Gesetz die Schenkungen auf ein gewisses Maaß setzte [64]), und auf allen Fall unglaublich, daß man die unbedeutende habitatio vorzugsweise so sehr einengte. Auch begreift man nicht, warum Justinianus in Betreff der habitatio beybehielt, was doch für die übrigen Fälle, wenn es existirt hat, nicht beybehalten ist. — Es wird sich unten ergeben, daß derselbe Erklärungsgrund, worauf in dieser Lehre alles zurückgeführt werden kann, auch jene angebliche Singularität als etwas ganz Natürliches erscheinen läßt.

6) Die habitatio ist keine Servitut, wie Ususfructus und Usus. So sagen wenigstens verschiedene Ausleger, Theils wegen des: in facto consistit, Theils weil die habitatio in L. 1. de servitut. (8. 1.) bey den Personal-Servituten nicht vorkomme [65]). Dem letzten Grunde braucht man nicht [66]) dadurch auszuweichen, daß man sagt: der Verfasser der L. 1. cit. hielt die habitatio für eine Art des usus. Denn das Fragment erwähnt ja nur beyspielsweise einige Personal-Servituten. Ueber den ersten Grund braucht nach dem Obigen nichts weiter erinnert zu

64) Stockmann ad Bach hist. iur. p. 152. not.* Hugo N. G. §. 136.

65) Hotomannus obs. L. 3. obs. 23.

66) mit Maiansius Disp. cit. §. 7.

werden. Entscheidend wider jene Ansicht ist es dagegen, daß die Institutionen, die Pandekten und der Codex die habitatio bey den Servituten mit abhandeln, sie dort mehrmals ius nennen, und daß der ganze Streit über die Frage, ob die habitatio bloßer Nießbrauch oder Usus sey, gar nicht hätte entstehen können, wenn sie nicht von allen Theilen als dingliches Recht anerkannt wäre [67]).

7) Endlich hat man auch noch wohl einen Unterschied zwischen Usus und habitatio darin gefunden, daß bey der letzten das ius accrescendi Statt finde [68]), nicht aber bey dem ersten [69]). Allein daß der Usuar dieses Recht nicht habe, wo es an sich denkbar ist, kann auf keine Weise angenommen werden [70]).

So weit wären nun die dogmatischen Resultate ziemlich im Klaren. Allein wer kann sich mit dieser rohen Masse begnügen, so lange die Gründe der Entscheidung im Dunkeln liegen; besonders wenn man erwägt, daß die Römischen Classiker überall durch Consequenz und Scharfsinn geleitet wurden, daß sie stets aus der lebendigen Erfahrung ihre Ansichten schöpften, und nicht, wie so viele neuere Juristen, unter dem Wust einer halb verstandenen historischen

67) Vulteius ad Inst. L. 2. T. 5. §. 5. I. a. Costa ibid. Westphal de libert. praedior. §. 767.

68) L. 34. pr. de usu et usufr. (33. 2.).

69) Perez in Cod. L. 3. T. 33. nr. 37.

70) Mein Pandekten-Syst. 2. B. §. 845. not. u.

Gelehrsamkeit stumpf wurden? Ich will es jetzt versuchen, jene Gründe beyzubringen, und alles aus Einem Hauptgedanken zu erklären.

Jede Sprache hat ihre feinen Schattirungen, und beschränkenden Nebenbegriffe, welche nur aus dem häufigen Gebrauch und langer Beobachtung klar und anschaulich werden, aber der trocknen, dürftigen Geschichte der Sprache größtentheils entgehen müssen. Man weiß, was die bloß gelehrten Kenner der Französischen Sprache in dieser Hinsicht entbehren, und unsre eigne Muttersprache würde uns vielleicht eben so viele Beyspiele darbieten, wenn wir eben so oft Gelegenheit hätten, Franzosen Deutsch reden zu hören, als Deutsche muthwillig sich der Französischen statt ihrer trefflichen Muttersprache bedienen. So würde z. B. kein bloß historischer Sprachkenner im Stande seyn, zu entwickeln, ob es ein Unterschied sey, oder wo der Unterschied liege, wenn man sagt: rücken Sie zu mir herauf, oder: treten Sie zu mir herauf; und doch weiß Jeder unter uns, daß der erste Ausdruck nur gebraucht werden darf, wo man vertraulich kurzweilen kann, daß hingegen der letzte auch einen angerufenen Beichtvater nicht beleidigen würde. Vorzüglich finden sich solche Feinheiten, — und im Gegensatz Grobheiten — da, wo der Arme und Reiche in Vergleichung kommt. Solche Ausdrücke: Sie können sich heute bey mir sättigen, ein freyes Unterkommen bey mir finden, an meinem Tische Platz haben, bey mir zu essen bekommen u. dgl.

wird man nie gegen Jemand anders, als gegen Arme aussprechen; und doch würde kein antiquarischer Sprachforscher im Stande seyn, durch bloße Büchergelehrsamkeit zu entwickeln, warum das so sey, und warum es minder eine Gunst andeute, wenn man Jemand zu Tisch, oder zum Mittagsessen einladet, oder ihm ein Logis anbietet, oder ihm das Speisen am Tisch freystellt. Nehmen wir nun an, daß bey den Römern die Verleihung der habitatio grade der Ausdruck war, wodurch man einem Bedürftigen ein Quartier als Almosen zu überlassen pflegte, so ist damit diese ganze Lehre bis auf die größte Kleinigkeit erklärt. Zuerst alles, was oben über die capitis deminutio erwähnt ist. Denn die Römer nahmen, aus sehr gegründeter Milde, den allgemeinen Satz an, daß Alimenten-Forderungen von der bürgerlichen Rechtsfähigkeit unabhängig, und insofern als etwas rein Natürliches zu behandeln seyen [71]), und da mußte denn auch von der habitatio gelten, was Cajus [72]) sagt:

> Eas obligationes, quae naturalem praestationem habere intelliguntur, palam est, capitis deminutione non perire, quia civilis ratio naturalia iura corrumpere non potest. Itaque de dote actio, quia in bonum et aequum concepta est, nihilominus durat etiam post capitis deminutionem.

71) S. oben not. 29. 72) L. 8. de cap. min. (4. 5.).

Eben daher erklärt es sich denn auch vollständig, daß die habitatio durch das, bloß bürgerliche Institut des non usus nicht verloren ging. Dafür gibt es auch noch Analogien. Das Recht des Fußsteiges zu einem Grabmahl war an sich auch eine Dienstbarkeit, und zwar eine res humani iuris, worüber der Berechtigte frey schalten konnte [73]). Dennoch wird zur Ehre der Religion eine solche Gerechtigkeit durch Nichtgebrauch keineswegs aufgehoben [74]). Bey Alimenten-Forderungen waren fast noch dringendere Gründe dasselbe anzunehmen, und die Einwirkung eines bloß bürgerlichen Instituts auf solche absolut natürliche Verhältnisse nicht zuzulassen. — Der fernere Unterschied in Betreff des Verschenkens und Vermiethens ist auf jene Weise ebenfalls ganz einfach erklärt, und man kann es danach leicht begreifen, warum viele Classiker nicht einmal das Vermiethen zulassen, und warum man auch wohl die habitatio im Zweifel bloß auf Ein Jahr beschränken wollte. Auch wir würden es nicht zulassen, daß der, dem wir aus Barmherzigkeit Kost oder Wohnung geben, nach Willkühr andre Personen an seine Stelle setzte, oder gar muthwillig vergeudete, was nur zu seiner Erhaltung bestimmt war. Empfängt er aus Gnade etwas zu gewissen Zwecken, so muß er auch den Absichten seines Wohlthäters nicht zuwider handeln. Beruht doch das sogenannte beneficium com-

73) L. 14. §. 1. de servit. (8. 1.)

74) L. 4. quem. serv. am. (8. 6.).

petentiae ex persona tertii fast allein auf diesen Gründen! Daher war denn auch das Vermiethen sehr bedenklich, indem das empfangene Miethgeld leicht verschleudert werden kann, und deswegen ist es gar nicht befremdend, daß vor Justinianus nur der einzige Jurist Marcellus das Vermiethen der habitatio zuließ [75]). Die Beschränkung auf eine einjährige Dauer war zwar willkührlich, aber doch nicht unnatürlich. Noch jetzt wird man es finden, daß selbst die wohlthätigsten Menschen da, wo sie Wohlthaten üben, nicht eigentlich gebunden seyn mögen, und in Ansehung ihrer Verbindlichkeit alles gern so knapp wie möglich nehmen. Viel eher bekommt man bey Collecten eine bedeutende Summe auf einmal, als daß man Jemand bewegt, auch nur für wenig Jahre einen monatlichen Beytrag zu versprechen. Auch muß sich der Arme aus Dankbarkeit, und seiner Hülfslosigkeit wegen, manche unjuristische Beschränkung gefallen lassen. Wer z. B. einem Armen schlechthin monatlich eine gewisse Summe verspricht, der sollte sie lebenslänglich zahlen, er reise hin, wohin er wolle. Und doch wird in der Regel Jeder behaupten, daß seine Zahlungspflicht mit Veränderung seines Wohnsitzes aufhöre. So konnte denn auch leicht die Idee entstehen, daß man von dem Wohlthäter in Betreff der Dauer der habitatio im Zweifel nur das minimum, und nicht das maximum, fordern dürfe. — Endlich ist nun auch aus jenem Gesichtspunkte der Satz,

75) S. oben not. 11.

daß die Erben die habitatio zurücknehmen können, ganz im Klaren. Denn geht die Verleihung der habitatio von Pietät und Mitleiden aus, so gründet sie sich auf Individualitäten, welche bey dem Erben, als solchem, nicht vorausgesetzt werden dürfen. Jener Satz war hier also eben so consequent, als es consequent war, daß man das Mandat, als Freundschaftsvertrag, unbedingt mit dem Tode erlöschen, und die Alimentations- und Dotationspflichten nicht auf die Erben übergehen ließ.

Jene Erklärungsart empfiehlt sich aber nicht bloß dadurch, daß sie alle Einzelnheiten dieser Lehre in völligen Zusammenhang bringt, sondern sie hat auch noch besondre positive Gründe zur Seite. Grade da, wo recht eigentlich davon gehandelt wird, was zu den Alimenten gehöre, kommt immer die habitatio als Theil derselben vor, nicht aber Usus oder Ususfructus aedium [76]). Ferner: in der, vorhin wörtlich angezogenen L. 32. de donat. (39. 5.) lautete der Brief des Titius gar nicht namentlich dahin, daß eine habitatio verliehen seyn solle, wohl aber kamen darin Ausdrücke vor, womit man nur Bedürftigen ein Quartier verspricht: du kannst es umsonst haben, und das ist mein Wille! Bloß auf diese Worte hin wird nun gleich im Nachsatz von dem Juristen die Verleihung einer habitatio als ausgemacht angenommen. Am entscheidendsten ist aber

76) L. 6. 21. 23. de alim. leg. (33. 1.) L. 41. pr. de ventre (37. 9.).

L. 8. pr. §. 1. de transact. (2. 15.) Hier bemerkt Ulpianus zuerst, daß ein Vergleich über Alimente vor dem Prätor abzuschließen sey, und darauf folgen gleich die Worte: ejusdem praetoris notio ob transactionem erit, sive habitatio, sive vestiarium, sive de praediis alimentum legabitur. Also wird hier die vermachte habitatio gradezu als Alimenten-Legat behandelt.

Uebrigens läßt sich im Römischen Recht gewiß noch manches Andere auf ähnliche Art aus den Feinheiten der Sprache erklären. Namentlich zähle ich dahin den bekannten Satz, daß der partus ancillae dem Nußnießer nicht zufalle, weil er kein fructus sey. Auch der neueste Versuch, dieses Problem daher zu erklären, weil die Römische Humanität den Sklaven nur in Beziehung auf den Herrn als Sache behandelt habe [77]), scheint mir nicht zu genügen. Denn der Herr konnte doch das Sklavenkind als Sache verkaufen, wenn er wollte; warum ward es denn nicht als Veräußerung angesehen, wenn er den Nießbrauch der Mutter gestattet hatte? Unser eigner Sprachgebrauch hätte uns auch hier zu einer guten Vermuthung leiten können. Der Mensch hat gern für sich etwas Abgesondertes. Noch jetzt wird keine, noch so gemeine Frau von ihrem Kinde sagen: meine Frucht, und auch der Mann, wenn er nicht an eine derbe ärztliche Sprache gewöhnt ist, wird eben so wenig seine Kinder unter

77) I. C. F. Meister prolus. ad L. 68. pr. de usufr. nec non L. 28. §. 1. de usur. Trai. cis Viadr. 1810.

den Früchten seiner Thätigkeit nennen. Solche Delicatessen der Sprache dürfen denn auch bey den Römern nicht befremden, und so kann es leicht verstanden werden, wenn Justinianus [78]) sagt: Partus ancillae in fructu non est. Absurdum enim videbatur, hominem in fructu esse, quum omnes fructus rerum natura gratia hominis comparavit.

78) §. 37. I. de rer. div. (2. 1.).

Dritte Abhandlung.

Ueber das Zurückbehalten unnützer Real-Servituten.

Die Römer haben den allgemeinen Grundsatz, daß man sich gültiger Weise nichts bedingen kann, was kein Gegenstand eines vernünftigen Interesse ist [1]). Dieser Grundsatz ist denn auch namentlich für die Real-Servituten in L. 15. de servit. (8. 1.) aufgestellt, wo Pomponius sagt:

> Quotiens nec hominum nec praediorum servitutes sunt, quia nihil vicinorum interest, non valet; veluti, ne per fundum tuum eas, aut ibi consistas, et ideo, si mihi concedas, ius

1) L. 61. de pact. (2. 14.) L. 38. §. 17. de V. O. (45. 1.).

tibi non esse fundo tuo uti frui, nihil agitur; aliter atque si concedas mihi, ius tibi non esse, in fundo tuo aquam quaerere, minuendae aquae meae gratia.

Da Real-Servituten in der Regel ewig dauernde Institute sind, so kann denn dabey das: vicinorum interest nur den Sinn haben: der Gegenstand der Dienstbarkeit muß so beschaffen seyn, daß sie in der Regel durch ihren Nutzen oder ihre Annehmlichkeit jedem Besitzer der herrschenden Sache vortheilhaft und erwünscht ist. Muß man also besondere Launen haben, um an der Dienstbarkeit Gefallen zu finden, so kann das Verhältniß nicht als Real-Servitut bestehen; aber umgekehrt steht es auch nicht im Wege, wenn das Recht diesem oder jenem Besitzer zufällig nicht interessant seyn sollte, sofern es nur, nach dem gewöhnlichen Gange der Dinge, in der Regel jedem Besitzer der herrschenden Sache willkommen seyn muß. Das Erste ist in besondern Gesetzen ausgedrückt [2]), und das Letzte ergibt sich von selbst, da bey allen im Römischen Recht genannten Real-Servituten die Möglichkeit bleibt, daß dieser oder jener Grundbesitzer keine Freude daran hat. Allein mehrere Pandekten-Fragmente machen doch die Sache schwierig, besonders L. 19. de servitut. (8. 1.), wo Labeo, dessen Consequenz und Feinheit musterhaft genannt werden kann,

2) L. 8. pr. de serv. (8. 1.) L. 6. pr. de S. P. R. (8. 3.).

und welcher wahrscheinlich den Namen des größten Classikers führen würde, wenn uns nur ein Viertheil seiner Schriften erhalten wäre, sich so äußert:

> Ei fundo, quem quis vendat, servitutem imponi, etsi non utilis sit, posse existimo, veluti si aquam alicui ducere non expediret, nihilominus constitui ea servitus possit. Quaedam enim habere [3]) possumus, quamvis ea nobis utilia non sunt.

Die Glosse zu L. 15. cit. hat zwey Erklärungen versucht, um den scheinbaren Widerstreit dieses Fragments zu entfernen. Die erste, der auch A. Faber [4]) beypflichtete, ohne weiter viel Anhänger zu finden, geht dahin: man könne sich wirklich ganz nutzlose Real-Servituten retiniren, weil es ja Regel sey: in traditionibus rerum quodcunque pactum sit, id valere manifestissimum est [5]). Allein damit kommt man auf einen Cirkel. Denn das: in traditionibus valere heißt ja grade, daß man sich

3) Diese Lesart, welche auch die Basiliken haben, ist offenbar die beste. Ueber die andere, durch Varianten unterstützten, oder durch die Critik geschaffenen Lesarten: debere habere, dedere habere, debere ducere, deberi habere, s. Prateius und Leunclavius in Otto Thes. Tit. 3. p. 579. 580. 1509. Jensii strict. iur. Rom. p. 73—75. Gebauer in not. ad L. 19. cit.

4) Rational. ad L. 15. de serv. (8. 1.).

5) L. 48. de pact. (2. 14.).

etwas retiniren kann, und da entsteht immer wieder die Frage: warum man sich denn, gegen die sonst gewöhnlichen Grundsätze, bey der Veräußerung etwas Nutzloses zurückhalten kann? Die zweyte Erklärung der Glosse geht dahin: man müsse die L. 19. cit. nicht von einer ganz nutzlosen Servitut verstehen, sondern von einer solchen, welche zwar im Ganzen interessant sey, aber nur zufällig für den Veräußerer der Sache keinen Werth habe. Diese Erklärung hat denn immer den mehrsten Beyfall gefunden [6]). Selbst Cujacius pflichtete ihr einmal bey [7]), obgleich er sie, wie gleich weiter angeführt werden soll, an einem andern Orte verließ. Zur Rechtfertigung derselben hat man bisher nichts anführen können, als: jene beschränkende Voraussetzung verstehe sich nach der Analogie von selbst, auch werde diese Voraussetzung durch das *nobis* utilia non sunt angedeutet. Allein augenscheinlich kommt das persönliche nobis am Ende des Fragments nur deswegen vor, weil vorher eben so das habere possumus gesetzt war. Im Anfange des Fragments, dessen erster Satz nur durch den Nachsatz bestärkt werden soll, war aber gar nicht die Frage davon, ob bey Real-Servituten auch das zufällige Gefühl

6) Bartolus comm. ad 15. cit. Merillius ad Tit. de servit. ad L. 19. cit. (Otto Thes. T. 3. p. 653. 654.). Franzke comm. ad Pand. L. 8. T. 1. nr. 78. Zachariä in Hugo Civ. Mag. 2. B. S. 331. 335. Glück Erl. d. Pand. 9. B. S. 13.

7) in Lib. 2. resp. Papin. ad L. 4. de S. P. R. (op T. 4. p. 895.).

Eines Besitzers entscheidend werde, sondern allgemein davon, ob man eine nutzlose Servitut retiniren könne? Dieß wird bejahet, und zur Bestärkung der allgemeine Satz angeführt: wir können haben, was uns nicht nutzt. Die Regel dieses Nachsatzes ist nicht auf ein: servitutes habere possumus beschränkt, sondern durch das *quaedam* ganz absolut; und da bleibt denn immer der Knoten, warum erst unbeschränkt das Retiniren nutzloser Servituten erlaubt wird, und wie das unbedingte: habere possumus inutilia zu allgemeinen Grundsätzen paßt?

Die erwähnte zweyte Cujacische Erklärung [8], welche sich auch Vitalis so ziemlich angeeignet hat [9], läßt sich nur mit den eignen Worten des Verfassers wiedergeben, welche so lauten: Summa legis 19. de servit. haec est: si quis mihi cesserit aquam, ea cessio valet, etiamsi aqua mihi utilis non sit. Ratio huius sententiae est, quia, licet aqua mihi inutilis sit, tamen ita fit, ut aquam in fundo meo habeam; quamvis autem per se sit inutilis ipsa aqua, tamen iuvat habere; non enim quaeritur, an, quae tu habeas, sint utilia, quia iuvat habere, et *habere verbum est optimum*, ut ait Plautus, *non habere autem pessimum*. Manet ergo haec constitutio aquae, quia ita fit, ut in fundo nostra habeamus aliquid. Diversum est in

8) ad Tit. de serv. ad L. 15. ibid. (op. T. 7. p. 399.).

9) Lection. var. L. 2. c. 2. (Otto Thes. T. 2. p. 661.).

specie legis L. 15. de servit. Nam ea quae ibi ceduntur, sunt inutilia, nec ea cessione fit, ut habeamus aliquid; quid enim habeo, si per tuum fundum non eas? u. s. w. Wer das: bonus dormitat Homerus nicht bey diesen ieiunis ausruft, den bin ich von der gänzlichen Unhaltbarkeit derselben zu überzeugen außer Stande, es möchte denn durch die wiederholte Bemerkung seyn, daß ja im Anfange der L. 19. cit. gar nicht von einem habere, oder von einem Positiven, im Gegensatz eines Negativen die Rede war, daß man also den Nachsatz ganz unnatürlich dreht, wenn man ihn auf dergleichen beziehen will.

Spätere Versuche [10], die L. 19. cit. mit der amoenitas im Gegensatz der utilitas in Verbindung zu bringen, sind eben so ungenügend. Denn es ist durchaus nicht zu erweisen, daß die Römer eine, in der Regel allen Besitzern interessante servitus amoenitatis caussa jemals für unzulässig, oder bedenklich gehalten haben [11], und die Fassung der L. 19. cit. zeigt auch deutlich genug, daß Labeo dabey gar nicht an jenen Gegensatz dachte. Denn das expediret geht auf jedes Interesse, und das Negative: non utilia deutet, wenn man hier die utilitas im strengsten

10) Noodt comm. ad P. L. 8. T. 4. I. P. Waldeck (praes. Moeckert) de vicinia et conspectu praediorum ad constituendam servitutem passim requisitis etc. Rintel. 1776. §. 6.

11) Meine Verf. 1. B. 1. Abh.

Sinn nehmen will, alles an, was nicht utile ist, also außer dem, was vernünftiger Weise jedem Besitzer angenehm ist, auch das bloß zufällig Angenehme, und selbst das ganz Leere und Unbedeutende. Dinge der letzten Art kann sich aber Niemand als Real-Servitut bedingen, er möchte sie sich denn retiniren. Dieß sagt nun einmal die L. 19. cit. nach ihrer Wortfassung, und so kehrt immer die Frage zurück, warum sie es sagt?

Am leichtesten wäre dem Uebel geholfen, wenn man mit Münter [12]) sagen könnte, daß die L. 19. cit. nicht zu befolgen sey, Theils weil sich die Logik dagegen empöre, Theils weil man in dem Fall des Fragments von dem Contrahenten sagen könne: risisse videntur. Allein bestimmten Gesetzen, und noch mehr einem Labeo gegenüber, ist es mit einer solchen Kühnheit eine bedenkliche Sache, besonders da Ulpianus, welcher doch das Paradoxe nie liebte, in seinem Werke an Sabinum [13]), ganz auf ähnliche Art, wie L. 19. cit., so entscheidet:

> Si quis duas aedes habeat, et alteras tradat, potest legem traditioni dicere, ut vel istae, quae non traduntur, servae sint his, quae traduntur, vel contra, ut traditae retentis aedibus serviant:

12) C. E. Münter von den Servituten 1. Thl. Hannover 1806. §. 5.

13) L. 6. pr. comm. praed. (8. 4.).

parvique refert, vicinae sint ambae aedes, an non.

Um jene Aehnlichkeit zu finden, muß man sich daran erinnern, daß die Römer über das Ortsverhältniß der Grundstücke bey Real-Servituten die zwey Grundsätze haben, daß erstlich durch die Lage der Grundstücke die Ausübung der Servitut möglich werden muß [14]); und zweytens, daß die Grundstücke einander überhaupt nahe seyn müssen [15]). Das Letzte ist zwar nirgends scharf bestimmt, muß aber auf jeden Fall wenigstens den Sinn haben: die Grundstücke müssen einander so nahe liegen, daß diese Nähe dem Herrn der herrschenden Sache die Dienstbarkeit in der Regel interessant mache. Und dennoch soll bey retinirten Servituten auf die Nähe nichts ankommen. Hier entstehen denn wieder alle oben erwähnten Schwierigkeiten; freylich nicht durch unsre Literatur. Denn die mehrsten Ausleger schwiegen hier, und was man zuweilen gesagt hat, wiegt nicht viel. Cujacius [16]) hilft sich bey dieser Gelegenheit unerwartet mit eben dem Satz, womit nach dem Obigen einige Glossatoren die L. 19. cit. zu erklären suchten, nämlich in traditioni-

14) L. 14. §. 2. de servit. (8. 1.) L. 1. pr. L. 38. 39. de S. P. U. (8. 2.) L. 38. de S. P. R. (8. 3.) L. 4. §. 8. L. 5. L. 6. pr. si serv. vind. (8. 5.). L. 17. §. 2. L. 18. §. 1. de aqua et aquae pluv. arc. (39. 3.).

15) L. 5. §. 1. de S. P. R. (8. 3.) L. 12. de pignor. (20. 1.).

16) ad L. 1. Juliani ex M. Natali, ad L. 34. de S. P. U. (op. T. 6. p. 458.).

bus könne man sich alles Mögliche vorbehalten. Andre [17]) haben bloß bemerkt, daß bey Ulpians Entscheidung doch immer die Ausnahme zu machen sey, auch die Retention einer Servitut finde nicht Statt, wenn sie der Retinirende, wegen der Lage der Grundstücke, ganz und gar nicht ausüben könne, z. B. wenn der Veräußernde sich ein Recht der Aussicht über das veräußerte Land für sein Haus vorbehält, während doch dieses Haus nicht im Angesicht des Landes, oder ein Recht des Tropfenfalls, während es nicht unmittelbar an dem Lande liegt. Das Letzte entscheiden auch wirklich die Gesetze [18]), wie es sich ohnehin von selbst versteht, da man niemals auf etwas Unmögliches Rechte haben kann, und also geht Ulpians Aeußerung nicht darauf, welche daher auch wieder zum Beweise dient, daß die zu Real-Servituten im Allgemeinen gehörende vicinitas noch etwas anders ist, als der manchmal erforderliche conspectus, und die zuweilen unentbehrliche contiguitas [19]). Allein immer kehrt die Frage wieder, warum denn bey dem Retiniren auf die Vicinität nichts ankommt?

Mir scheint, daß alle bisher angedeuteten Schwierigkeiten sich sehr leicht und einfach durch folgende Bemerkungen heben lassen. Da eine Servitut nicht in faciendo,

17) Glück Erl. d. Pand. 9. B. S. 35. 36.

18) L. 7. §. 1. comm. praed. (8. 4.).

19) Wie es auch gewöhnlich richtig angenommen wird. S. Waldeck Diss. cit.

sondern nur in non faciendo oder patiendo des Herrn der dienenden Sache besteht, so sind alle Servituten nichts, als einzelne Theile des Eigenthums, deren man sich zum Besten eines Andern begibt, oder welche man sich bey der Veräußerung einer Sache vorbehält. Ein Staat kann mit allem Anstande verordnen, daß man seine Richter nicht dazu mißbrauchen solle, Albernheiten zu befördern, daß man also nicht auf Erlangung eines Rechtes klagen könne, welches als solches für vernünftige Bürger ohne Bedeutung ist. Allein nie wird ein Staat diese Grundsätze dahin ausdehnen können, daß der Richter befugt sey, erworbene Rechte aufzuheben, weil er bemerkt, daß sie dem, welcher sie bisher hatte, nicht mehr nutzen. Jeder Mensch hat in der Regel Sachen, die ihm nichts mehr helfen, ihm sogar unangenehm sind; und doch würde auch der abgestumpfteste Bürger über unerhörte Despotie schreyen, wenn der Richter ihn aus dem Besitz jener Sachen vertreiben wollte, weil man bemerke, daß der bisherige Eigenthümer keine Freude mehr daran habe. Was von dem Ganzen gilt, muß verhältnißmäßig auch von dem Theile gelten. So wenig es also eine Klage darauf gibt, daß der, welcher von einem, aus 6 Bänden bestehenden Buche ausdrücklich nur 5 Bände verkaufte, dennoch auch den sechsten herausgeben müsse, weil er ihm augenscheinlich nichts nutze, so wenig gibt es denn auch ein Rechtsmittel gegen das Retiniren nutzloser, der Ausübung fähiger Servituten; und damit ist

es denn bis auf den letzten Punkt erklärt, wenn Labeo sagt: quaedam *habere* possumus, quamvis ea nobis utilia non sunt. Man hätte auf diese, durch alle menschlichen Gefühle unterstützte Ansicht um so leichter kommen können, da die Römer auch bey andern Gelegenheiten mehrmals angedeutet haben, wie viel härter sie es hielten, aus dem, was man bisher hatte, getrieben zu werden, als das, was man erst erwerben will, nicht zu bekommen. So wird bekanntlich der Rechtsirrthum verziehen, wenn man dadurch an seinem positiven Vermögen leiden würde, nicht aber, wenn man auf einen Gewinn ausgeht; und sehr ähnlich ist die Vorschrift, daß man sich an einer gemeinschaftlichen Sache keine Servitut bedingen kann, daß man aber eine gehabte Servitut behält, wenn man nachher Miteigenthümer der dienenden Sache wird. [20]) Die Regel: in traditionibus rerum quodcunque pactum sit, id valere manifestissimum est, drückt also, auf diese Weise verstanden, einen sehr liberalen Satz aus, ohne den kein freyheitsliebender Römer würde haben existiren können, und den die Menschen verfechten werden, so lange der Wahnsinn unbedingter Despotie sie nicht um alles Selbstgefühl gebracht hat.

20) L. 10. usufr. quem cav. (7. 9.) L. 8. §. 1. de serv. (8. 1.) L. 27. pr. L. 30. §. 1. de S. P. U. (8. 2.) L. 27. de S. P. R. (8. 3.).

Vierte Abhandlung.

Ueber die Verpflichtung des Schenkers zur Evictions-Leistung.

Schon seit den Zeiten der Glossatoren war es eine sehr bestrittene Frage, inwiefern der Schenker wegen der Eviction hafte? Mehrere eigne Abhandlungen sind darüber geschrieben [1]), und doch blieb die Sache im Ungewissen, obgleich man wohl sagen kann, daß in den neuesten Zeiten

1) F. A. Oldenbruch (Praes. I. Wunderlich) de evictione in donat. remuneratoria non praestanda. Ien. 1754. I. C. Koch medit. de evictione in donatione non indestincte praestanda. Ien. 1754. ed. 2. Giess. 1774. F. A. Oldenbruch notae ad medit. de evictione in donatione non indistincte praestanda, Ienae nuper editam. Ien. 1754. I. G Ditmar de evictione in donatione non indistincte praestanda. Ien. 1756. W. L. Rodowé de eo quod iustum est circa evictionem donationis praestandam. Goett. 1778.

eine gewisse Idee die herrschende ward. Da aber eben diese Idee, für welche ich mich selbst vormals erklärte, nach meiner jetzigen Ueberzeugung am wenigsten haltbar ist; da bisher alle Parteyen die recht eigentlichen Hauptmomente, worauf es hier ankommt, völlig übersahen, und da man bis jetzt niemals vollständig die classischen Belegstellen benutzte, welche hier verbunden werden müssen: so glaube ich nichts Unnützes zu thun, wenn ich versuche, der Letzte zu seyn, welcher jene Streitfrage wieder in Anregung bringt.

Die Antworten auf jene Frage waren bisher dreyfach. Eine Partey, zu der schon einige Glossatoren gehörten, stellt unbedingt den Satz auf: der Schenker könne als solcher wegen der Eviction nicht in Anspruch genommen werden, doch hafte er freylich, wenn er rechtsgültig Evictions-Leistung versprochen, oder sich einer Arglist schuldig gemacht habe [2]). Die letzten Beschränkungen lassen natürlich auch alle übrigen Parteyen gelten. Die zweyte Partey dagegen unterscheidet mit der Mehrzahl der Glossatoren: entweder

2) Donellus ad Tit. C. de evict. ad L. 2. eod. Cuiacius Comm. ad Tit. de r. v. ad L. 32. ibid. (op. T. 7. p. 303.) A. Faber rational. ad L. 48. de r. v. Franzkius de evict. nr. 424. Idem comm. ad P. L. 21. T. 2. nr. 421. fgg. Hunnius resol. T. 2. p. 265. fgg. Stryk U. M. P. L. 21. T. 2. §. 4. 5. Huber prael. ad Pand. eod. Tit. §. 4. 5. Waechtler recitat. sing. LL. Tit. de evict. §. 25. Eck princ. L. 21. T. 2. §. 5. Madihn princ. §. 183. Malblank princ. §. 589.

ist die Schenkung gleich mit der Uebergabe verbunden, oder das Versprechen geht abgesondert vorher. Im letzten Fall haftet der Schenker unbedingt; im ersten aber ist er frey [3]). Die dritte Partey endlich, welche schon ältere Juristen als ihre Anhänger nennen kann, aber erst in den neuesten Zeiten recht empor kam, unterscheidet, ob der Schenker etwas nur in genere versprach, oder eine species durch Geben oder Versprechen schenkte. Im letzten Fall soll er für die Eviction nicht einzustehen brauchen, und höchstens nur bezahlen, was der Beschenkte durch die Eviction an seinem eignen Vermögen verliert; im ersten aber wegen derselben unbedingt haften [4]).

Die erste Partey scheint mir ganz entscheidende directe und analogische Gründe für sich zu haben. Von den letzten nenne ich hier vorläufig nur den, in den Gesetzen unbedingt ausgesprochenen Satz, daß der Schenker wegen der heimlichen Mängel der Sache nicht in Anspruch genommen werden könne [5]). Zu den directen Belegen gehört zuerst folgende sehr merkwürdige Stelle aus Pauli sent. rec. L. 5. T. 11. §. 5.:

3) Bartolus comm. ad. L. 18. de donat. Baldus ad C. Tit. de iure dot. Duarenus ad Tit. D. de donat. in f. Caballinus tr. de evict. §. 2. Guzmann tr. de evict. c. 15. n. 9.

4) Bartolus ad L. si a substituto 47. (45.) de leg. 1. Brunnemann ad L. 2. C. de evict. Voet comm. L. 21. T. 2. §. 13. Koch und Rodowé Diss. citatt. Hugo Pandekten §. 207. not. 2. Günther princ. §. 1050.

5) L. 62. de aedil. edict. (21. 1.)

Invitus donator de evictione rei donatae promittere non cogitur, nec eo nomine, si promiserit, oneratur; quia lucrativae rei possessor ab evictionis actione ipsa iuris ratione depellitur.

Da wir ein Rescript von Severus und Antoninus im Codex haben, welches auch dem Evictionsversprechen des Schenkers Klagbarkeit beylegt, wenn es in eine Stipulationsformel eingekleidet war [6]: so hat jene Stelle große Verlegenheit verursacht. Cujacius suchte ihr mehrmals dadurch auszuweichen, daß er das: si promiserit auf ein nudum pactum bezog [7]. Da dieß aber offenbar gewaltsam ist, so setzten Andre durch Critik nisi promiserit [8]. Allein die hinzugefügte Interpretation der Gothen:

Si aliquis rem iuris sui scriptura interveniente donaverit, evictionis poenam sibi constituere invitus non compellitur; ad quam rem, etiamsi volens promiserit, non potest retineri: quia res, quae lucrum alteri facit, damnum pro munere suo donatori inferre non poterit u. s. w.

6) L. 2. C. de evict (8. 45.)

7) Cuiacius ad Pauli sent. L. 5. T. 11. §. 5. (op. T. 1. p. 488.) Different Modestini L. 8. ad L. 18. de adim. leg. (op. T. 5. p. 1194.) in Tit. de act. emt. ad L. 53. §. 2. ibid. (op. T. 7. p. 818.)

8) S. Schulting ad Paulum l. c.

macht auch diese Critik, wie jene Cujacische Erklärung, höchst bedenklich. Erwägt man, daß die Römer auch sonst wohl eine Unschicklichkeit darin fanden, eine Person, welche an sich zu nichts schuldig war, ihres Versprechens wegen festzuhalten [9], und daß man vor allen Dingen einen Schenker mit der höchsten Delicatesse zu behandeln hat: so kann man recht gut sagen, was auch Cujacius an einem andern Orte [10] selbst behauptete, daß wirklich jener Rechtssatz eine Zeit lang im Gebrauch war, aber nachher von den Kaisern verlassen ward. Auf allen Fall aber beweist jene Stelle, daß man den Schenker, als solchen, von der Evictions-Leistung ganz frey sprach.

Eben darauf geht mit größter Bestimmtheit L. 18. §. 3. de donat. (39. 5.), aus Ulpiani L. 71. ad edictum:

> Labeo ait, si quis mihi rem alienam donaverit, inque eam sumtus magnos fecero, et sic evincatur, nullam mihi actionem contra donatorem competere. Plane de dolo posse me adversus eum habere actionem, si dolo fecit.

9) L. 56. de legat. 1. (30.) si legati servi nomine stipuletur legatarius, fugitivum eum non esse praestari, nihil veniet in eam stipulationem, quia qualis sit, talis ex testamento praestari debet: nec ullum in legato damnum facere intelligeretur.

10) Ad Tit. de leg. 3. ad L. 29. §. 3. ibid. (op. T. 1. p. 1086. 1087.)

Dasselbe ist durch zwey andere, gewöhnlich übersehene Pandekten-Fragmente [11]) ausgesprochen, und eben so durch L. 2. C. de evid. (8. 45.), welche dahin lautet:

> Quoniam avus tuus, quum praedia tibi donaret, de evictione eorum cavit, potes adversus coheredes tuos ex caussa stipulationis consistere ob evictionem praediorum, pro portione scilicet hereditatis. Nudo autem pacto interveniente, minime donatorem hac actione teneri certum est.

Daß der Schenker, als solcher, den Beschenkten wegen der Eviction nicht zu entschädigen brauche, ist wiederum durch jene Constitution klar gesagt. Nur das kann einigermaßen schwierig genannt werden, daß hier ein pactum nudum gar nicht, also auch nicht als adiectum, klagbar seyn soll, so wie die Frage, ob der Satz auch noch nach neuestem Recht gelte? In der ersten Hinsicht hat man manches Gezwungene oder Einseitige vorgebracht [12]). Die Sache ist aber ganz in der Ordnung. Denn vor Justinianus war die Schenkung nur klagbar, wenn man sie in eine Stipulation eingekleidet hatte. War das letzte nicht geschehen,

11) L. 48. de v. r. (T. 1.) L. 131. §. 1. de V. O. (45. 1.)

12) Glossa ad L. 2. C. cit. Cuiacius ad Tit. C. de evict. ad L. 2. ib. (op. T. 9. p. 1292.) Donellus ad Tit. C. de evict. ad L. 2. ib.

so konnte das pactum adiectum nicht wirksamer seyn, als der Hauptvertrag. Im umgekehrten Fall hingegen stand der Klagbarkeit des pacti adiecti der Rechtssatz entgegen, daß ein solcher Vertrag sich mit einem stricti iuris negotio nicht verschmelzen läßt. Freylich hätte nun Justinianus, nachdem er im Codex das pactum donationis für klagbar erklärt hatte, auch das, einem solchen pacto hinzugefügte Eviction-Versprechen als vollgültig sollen gelten lassen. Allein die L. 2. C. cit. ist nun einmal neben jene allgemeine Vorschrift in den Codex gestellt, und muß daher nach wie vor gelten [13]). Nur das läßt sich behaupten, daß sie jetzt ohne Bedeutung ist, nachdem wir den Grundsatz haben, daß einfache Verträge wie Römische Stipulationen wirken [14]).

So wäre also durch eine Reihe von Gesetzen, und die eben so wichtige Aeußerung eines Classikers, der Satz unbedingt ausgesprochen, daß der Schenker, ohne besondere Obligationsgründe, wegen der Eviction nicht in Anspruch genommen werden kann; und dieß erforderte auch die Consequenz. Ueber keinen Punkt ist das Römische Recht, wenigstens so weit es die Classiker ausbildeten, so fest, als darüber, daß indebitate Forderungen nie zu gestatten sind. So wurden z. B. alle Verträge, wodurch man sich etwas

13) Cujacius, Donellus l. c. Giphanius ad Tit. C. de evict.

14) Stryk U. M. P. L. 21. T. 2. §. 5.

für Unterlassung einer Untugend bedingt, als ungültig behandelt [15]; so verwarf man höchst wahrscheinlich aus denselben Gründen die Einforderung eines poenae nomine hinterlassenen Legats, bis Justinians gröberer Sinn dabey eine Aenderung einführte [16]; und so mußte man auch den Schenker durchaus von Evictions-Pflichten frey sprechen. Denn der Beschenkte ist dem Schenker Dankbarkeit schuldig, und keine Tugend ward von den Römern höher gehalten, als die Dankbarkeit [17]. Daher hat denn der Schenker das beneficium competentiae im höchsten Grade [18], und kann so wenig wegen seiner culpa [19], als wegen seiner mora [20] in Anspruch genommen werden.

15) L. 7. §. 3. de pact. (2. 14.)

16) Tit. Pand. de his quae poen. causs. (34. 6.) L. un. C. eod. (6. 41.) — Ich bleibe in dieser Hinsicht bey der Erklärung in meinen Versuchen 2. B. S. 166. not. 17., der auch Goeschen obs. iur. Rom. spec. Berol. 1811. S. 47 — 108. beygetreten ist. Zwar hat Hugo mehrmals in Recensionen dagegen erinnert, jene Erklärung passe nicht, weil ja die Römer unbedenklich Klagen auf Privatstrafen zugelassen hätten. Allein man erwäge nur, daß in der Regel kein kräftiger Mensch, am wenigsten ein Italiäner, etwas Schlechtes darin finden wird, wenn man sich an seinem Beleidiger rächt; daß es hingegen etwas höchst Widerwärtiges ist, für andre Personen Strafen zu vollstrecken. Das ist eine Art von Henkerschaft, wozu auch der Rachsüchtigste in der Regel nicht geneigt seyn wird.

17) Cicero off. L. 1. c. 15. Seneca ep. 81. I. Pan de grati animi officiis. Lugd. Bat. 1809.

18) L. 19. §. 1. de re iudic. (42. 1.)

19) L. 1. si mensor. (11. 6.) L. 23. de R. I. (50. 17.)

20) L. 22. de donat. (39. 5.)

Nahm man nun aber das Letzte an, so erforderte es auch die Consequenz, daß ihn, sofern er ohne Argliſt war, der Beſchenkte wegen der Eviction nicht beläſtige.

Es iſt alſo ſchon an ſich unglaublich, wenn die zweyte Partey bey jedem verſprochenen Geſchenk die Evictions-Leiſtungspflicht annimmt. Die Gründe, welche dieſe Partey aus der Vernunft beybringt, ſind ſo kahl und nüchtern, wie großentheils die ganze alte Rechtsphiloſophie. Wer bloß gibt, der bindet ſich nicht, aber wer verſpricht, der ſchafft ein vinculum iuris, und muß abſolut ſein Wort halten! So ſagt man. Allein die Frage iſt ja grade, ob denn der Schenker nach dem Buchſtaben ſeiner Rede genommen werden muß; auch iſt bey jenem Raiſonnement ganz überſehen, daß der, welcher bey einem Schenkungsvertrage gleich gibt, eben ſo gut, wie der zuerſt bloß Verſprechende, auch ein Verſprechender iſt, und daß daher auch die Römer niemals die Vertrags-Verbindlichkeit deswegen herabſetzen, weil dem Vertrage gleich die Uebergabe hinzugefügt ward. Höchſtwahrſcheinlich würde jene zweyte Meynung nie entſtanden ſeyn, wenn nicht in L. 1. C. de iure dotium (5. 12.) folgendes verordnet wäre:

> Evicta re, quae fuerat in dotem data, si pollicitatio vel promissio fuerit interposita, gener contra socerum vel mulierem, seu heredes eorum, condictione, vel ex stipulatione agere potest. Sin autem nulla pollicitatio vel pro-

missio intercesserit, post evictionem eius, siquidem res aestimata fuerit, ex emto competit actio. (Sin vero hoc non est factum, siquidem bona fide eadem res in dotem data est, nulla marito competit actio) [21]). Dolo autem dantis interposito, de dolo actio adversus eum locum habebit; nisi a muliere dolus interpositus sit: tunc enim, ne famosa actio adversus eam detur, in factum actio competit.

Die gewöhnlichste Auslegung dieses Gesetzes war bisher, es sey darin gesagt, daß der Geber der dos hafte, wenn er die *dos* durch pollicitatio [22]), oder promissio versprach, wenn er sie gegen taxatio venditionis gratia überließ, oder sich in Arglist befand; sonst aber nicht; daß er also frey sey, wenn er ohne eine solche Taxe in gutem Glauben sofort die dos auslieferte [23]). Andre lassen diese Auslegung nur im Ganzen zu, wollen aber nach den Grund-

21) Die eingeklammerten Worte fehlen oft in den Manuscripten.

22) d. h. einseitige Angelobung Statt der ähnlichen alten dotis dictio. Cuiacius ad Ulp. Fr. Tit. 6. §. 1. (op. T. 1. p. 313.) Comm. ad Cod. L. 5. T. 12. (op. T. 1. p. 313.) E. Schenk das Recht der dos vor Justinianus. Landsh. 1812. S. 24 — 28.

23) Glossa ad 1. C. cit. Duarenus ad Tit. ff. de donatt. Franzkius ad Pand. L. 21. T. 2. nr. 522. fgg. Perez. in Cod. L. 5. T. 12. n. 8. Giphanius in Cod. ibid. ad L. 1. cit. Meine Pandekten §. 450. et ibi cit.

sätzen von Schenkungen und onerosen Geschäften allerley Beschränkungen hinzufügen, je nachdem die dos eine voluntaria oder necessaria war [24]). Allein man muß das pollicitatio vel promissio durchaus mit einigen Rechtslehrern [25]) auf ein Angeloben oder Versprechen der Evictions-Leistung beziehen. Denn das Gesetz redet von der Regreß-Klage sowohl gegen den Schwiegervater, als gegen die Frau, welche selbst die dos bestellte. Nun aber ist in L. 69. §. 7. de iure dot. (23. 3.) bestimmt gesagt, daß die Frau, welche ihre Sachen nicht mittelst einer taxatio venditionis gratia zur Brautgabe aussetzte, wegen der Eviction nur dann einstehe, wenn sie arglistig verfuhr. So erklärt, ist denn das Gesetz für die dos voluntaria gewiß völlig consequent, weil hier der Besteller der dos, auch wenn diese zu gewissen Zwecken dienen soll, ein Schenker und Wohlthäter ist; aber auch in Betreff der dos necessaria hat das Gesetz gute Gründe. Denn wenn dem Besteller derselben die evincirte Sache nicht gehörte, so war er sie auch nicht zu geben schuldig, und die Last ruhete nur auf seinem übrigen Vermögen, aber auch eben deswegen in

24) Huber prael. L. 21. T. 2. §. 5. Voet ibid. §. 11. Wernher lect. comm. ibid. §. 2. Malblank princ. §. 589.

25) Cuiacius ad Afric. tr. 6. ad L. 23. de evict. (op. T. 1. pr. 1374.) in Lib. 4. resp. Papin. ad L. 69. §. 7. de iur. dot. (op. T. 4. p. 986.) in Lib. 16. quaest. Pauli ad L. 71. de evict. (op. T. 5. p. 1126.) Heineccius elem. pand. L. 33. T. 3. §. 190.

verkleinertem Maaß. So kann denn die Eviction der dos wohl die Redotations-Pflicht begründen, nicht aber die, unter Umständen auf viel mehr gehende Pflicht der Eviction's-Leistung. Auf allen Fall aber kann man mit Cocceji [26]) sagen, daß jene Constitution auf Schenkungen nicht auszudehnen sey. Denn in Beziehung auf die dos gibt es viele singulaire Begünstigungen [27]), welche zum Vortheil bloßer Schenkungen nicht angenommen sind.

Nachdem nun jene Constitution einmal die fixe Idee veranlaßt hatte, daß alles davon abhänge, ob gleich mit dem Geben der Anfang gemacht, oder erst ein Versprechen vorangegangen sey, so suchte man denn dafür noch allerley andre Nothstützen, ohne weiter zu beachten, daß so oft in den Gesetzen der Schenker unbedingt frey gesprochen wird, und daß das Wort donatio auf unentgeltliches Geben und Versprechen, gegenwärtiger und künftiger, in der Gattung oder in der Art versprochener Dinge auf gleiche Weise geht [28]). Eine jener Nothstützen war L. 46. de leg. 1 (30.). Nachdem nämlich in dem vorhergehenden Fragment gesagt war, der heres generaliter dare damnatus hafte wegen der heimlichen Mängel, nicht aber hafte der Erbe,

26) Ius civ. contr. L. 21. T. 2. qu. 7.

27) z. B. das Legal-Pfand an dem Vermögen des promissor dotis, das privilegium im Concurse, und die Intercession der Weiber pro dote.

28) L. 2. pr. §. 1. 2. L. 9. pr. L. 10. L. 12. L. 16. L. 19. pr. L. 22. L. 23. L. 27. L. 28. L. 33. pr. §. 3. L. 35. §. 1. de donat. (39. 5.)

si certus homo legatus est, so setzt die L. 46. eit. hinzu:

> Quae de legato dicta sunt, eadem transferre licebit ad eum, qui vel Stichum vel hominem dari promiserit.

Allein hier findet sich offenbar nicht der Gegensatz zwischen dare und promittere, sondern nur zwischen genus und species. Also kann das Fragment höchstens nur der dritten Parten, wovon bald nachher die Rede seyn wird, zu statten kommen. Noch weniger kann es gerechtfertigt werden, wenn man L. 75 §. 10. de V. O. (45. 1.) hieher zieht. Es heißt da:

> Haec stipulatio, fundum Tusculanum dari, ostendit se certi esse, continetque ut dominium omnimodo efficiatur stipulatoris quoquo modo.

Daben ist denn nun wieder das Versprechen und Geben gar nicht im Gegensatz, sondern es ist bloß die Rede von dem subtilen Sinn des, man möchte sagen leidigen Wortes dare, welches unbedingt auf Eigenthums-Uebertragung ging [29]); auch redet das Fragment gar nicht

29) L. ult. de cond. causs. dat. (12. 4.) L. 167. pr. de R. I. (50. 17.). Bynkershoek obs. L. 6. c. 24. Neck ad L. ult. de condict. causs. dat. in Oelrichs Ther. nov. Vol. 2. p. 2.

von Schenkungen, sondern nur im Allgemeinen von Stipulationen, worin man jedes lästige Geschäft einkleiden konnte.

Mit etwas mehr Schein behauptet die dritte Partey, daß dem Schenker einer species die Pflicht der Eviction-Leistung nicht obliege, sondern nur dem Schenker eines generis, ausgenommen wenn alle species des generis, welches bey der Schenkung als Eigenthum des Schenkers angesehen, oder genannt ward, evincirt werden sollten. Diese Grundsätze gelten gewiß bey der Eviction der Legate [30]), und von diesen glaubt man denn auf Schenkungen schließen zu dürfen, Theils weil es in der vorhin erwähnten L. 46. de leg. 1. (30) geschehe, Theils weil Justinianus im §. 2. I. de legat. (2. 20.) sage, das Legat sey donatio quaedam a defuncto relicta, daher denn auch umgekehrt die Schenkung nach den Grundsätzen der Legate zu behandeln sey. Als Nebenstützen gebraucht man noch die Vernunftgründe: wer eine species verschenke, der würde wahrscheinlich die ganze Schenkung nicht vorgenommen haben, wenn er gewußt hätte, daß die Sache ihm nicht gehöre. Bey der Schenkung einer Sache aus einer Gattung, woraus etwas gegeben werden könne, sey dagegen der Vertrag nicht durch Irrthum veranlaßt, sondern nur die nachherige Wahl fehlerhaft, und da müsse der Schenker darunter leiden, daß er nicht besser gewählt habe.

30) L. 45. L. 46. L. 108. §. 10. de leg. 1. (30.) L. 8. §. 2. de leg. 2. (31.) L. 29. §. 3. de leg. 3. (32.).

Das letzte Raisonnement ist hier aber eine unnatürliche petitio principii. Wer eine fremde species verspricht, der begeht durch das Versprechen eben das Versehen, welches in dem andern Fall durch die ungeschickte Wahl begangen wird. Ließe sich aber auch in dem einen Fall etwas weniger Schuld, als in dem andern annehmen, so bleibt doch immer gegen jenes Raisonnement der entscheidende Einwand, daß der Schenker seine Versehen nie zu verantworten braucht, also noch weniger, was er zufällig schadete, und daß die Uebergabe einer fremden Sache in beyden Fällen durch culpa veranlaßt, oder ganz zufällig seyn kann. Soll man also den so höchst inconsequenten Satz annehmen, daß es zuweilen in Betreff der Evictions-Leistungspflicht des Schenkers gar nicht auf dessen dolus ankommt, so müßten wir darüber besondere Gesetze haben. Diese existiren aber nicht. Denn die L. 46. de leg. 1. (30.) redet nur von Stipulationen, welche, wie gesagt, auch bey onerosen Geschäften Statt finden können. Für Schenkungen haben wir dagegen in L. 62. de aedil. edict. (21. 1.) die ganz besondere Vorschrift, daß dabey der Geber in gutem Glauben die heimlichen Mängel gar nicht verantwortet. Auch braucht man sich nicht daran zu stoßen, daß die L. 46. cit., wenn man sie nach jener Auslegung auf onerose Geschäfte bezieht, den promissor specie frey spricht. Denn es ist hier nur von dem die Rede, was wegen der Stipulation gefordert werden kann, und da

ist es ja bekannt genug, wie knapp die Römer immer die Stipulations-Obligation nahmen [31]). Justinians erwähnte Aeußerung, daß ein Legat eine Schenkung sey, sagt aber keineswegs umgekehrt, daß man jede Schenkung nach den Grundsätzen der Legate behandeln müsse. Dieß ist eine höchst widernatürliche Idee, und man übersieht dabey, was fast handgreiflich ist. Bey der Schenkung hat es nämlich der Beschenkte mit seinem Wohlthäter zu thun, also mit der Person, der er Dankbarkeit und Delicatesse schuldig ist. Daher muß er dem Schenker die Competenz lassen, kann ihn wegen seiner Versehen nicht belangen, und auch keine Verzugszinsen von ihm fordern. Ganz anders ist der Fall bey Legaten. Hier ist der oneratus nicht der Wohlthäter, sondern nur ein Diener des Letzten. Daher hat der oneratus im Ganzen seine Versehen zu verantworten [32]), und steht für seine mora ein [33]); auch ist nie die Rede davon, daß man ihm die Wohlthat der Competenz lassen müsse; und eben deswegen muß er auch in Betreff der Evictions-Leistung ganz andern Grundsätzen unterworfen seyn, als der Schenker. Freylich ist es wahr, daß er ein Geschenk auszahlt; aber er ist nicht der Mann, welcher

31) L. 8. L. 42. L. 43. L. 56. §. 2. L. 64. pr. §. 1. 2. de evict. (21. 2.) L. 91. pr. de V. O. (45. 1.).

32) L. 14. ad L. Aquil. (9. 2.) L. 47. §. 5. L. 53. §. 7. L. 114. §. 19. de leg. 1. (30.) L. 66. §. 4. de leg. 2. (31.)

33) L. 39. §. 1. L. 108. §. 11. de leg. 1. (30.) L. 78. §. 2. de leg. 2. (31.) L. 3. C. de usur. legator. (6. 47.).

es verleihet, und so braucht man denn auch mit ihm keine Complimente zu machen. Da ist der cardo rei! Wer dieß nicht gelten läßt, den wird man hier freylich sich selbst überlassen müssen.

Wenn ich übrigens bisher die renumeratorischen Schenkungen nicht mit erwähnte, so geschah es deswegen, weil sie nach Römischen Begriffen eigentlich keine Schenkungen, sondern onerose Geschäfte sind [34]), mithin in Beziehung auf die Eviction diesen ganz gleich stehen. Leugnet man, wie es oft geschehen ist, das Erste, so muß freylich auch das Letzte wegfallen.

34) Theophili paraphr. de pet. her. (5. 3.). L. 1. T. 2. pr. L. 25. §. 11.

Fünfte Abhandlung.

Ueber den Grundsatz: nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest.

Daß die Römer in der Regel den Satz annehmen, die testamentarische schließe die Intestat-Erbfolge gänzlich aus, und dem Testaments-Erben accrescire alles, worüber der Erblasser nicht verfügte, oder was durch Wegfallen berufener Miterben offen ward, wissen wir mit völliger Bestimmtheit [1]). Eben so ist es aus einer Aeußerung von Cicero bekannt, daß jene Regel ein alter Rechtssatz war [2]), und insofern wenigstens bis auf die Zeiten der

1) §. 5. I. de her. inst. (2. 14.) L. 15. §. 2. de inoff. test. (5. 2.) L. 6. 37. de testam. mil. (29. 1.) L. 39 de acquir. her. (29. 2.) L. 7. de R. I. (50. 17.) L. 1. 2. C. de mil. test. (6. 21.).

2) De inventione L. 2. c. 21.: Supponatur enim ab heredibus haec ratio: unius

zwölf Tafeln zurückgeführt werden kann. Allein wie entstand der Rechtssatz: durch ein besonderes Gesetz, oder durch Interpretation? und welche Gründe veranlaßten ihn? Ueber die erste Frage haben wir durchaus keine historischen Zeugnisse, mithin ist alles, was man darüber bisher gestritten hat, ohne Bedeutung. In Ansehung der zweyten Frage dagegen kommt in den Gesetzen einiges vor, was man Andeutungen des Grundes nennen könnte; allein diese Andeutungen sind doch so unbestimmt, und so wenig mit einander übereinstimmend, daß unsre Ausleger sich am Ende auf bloße Conjecturen beschränken mußten. Dieser Conjecturen gibt es denn eine ziemliche Reihe [3]), und man hat dabey in der letzten Zeit sogar wohl Sätze der jüngsten Deutschen Philosophie zu Hülfe gerufen [4]).

Die beyden Hauptstellen der Pandekten sind von Pomponius und Papinianus [5]) Jener sagt:

enim pecuniae plures, dissimilibus de caussis, heredes esse non possunt, nec unquam factum est, ut eiusdem pecuniae alius testamento, alius lege heres esset.

3) Vergl. besonders Markart interpr. L. 2. c. 24. C. G. Haubold (resp. I. F. Hermann) de caussis cur idem et testato et intestato decedere non possit. Lips. 1788. im Auszuge in Klüber Kleine jur. Biblioth. 17. St. S. 20 — 23.

4) K. S. Zachariä über die wissenschaftl. Behandlung des Röm. Rechts. S. 28. fgg.

5) L. 15. §. 2. de inoff. test. (5. 2.) L. 7. de R. I. (50. 17.).

Ius nostrum non patitur eundem in paganis [6]) et testato, et intestato decessisse; earumque rerum naturaliter inter se pugna est, testatus et intestatus.

Der letzte hingegen bemerkt bey Gelegenheit eines nur zum Theil rescindirten Testaments, wo also zum Theil die Testaments-, und zum Theil die Intestat-Erbfolge eintrat:

Credimus cum legitimum heredem pro parte esse factum, et ideo pars hereditatis in testamento remansit. Nec absurdum videtur, pro parte intestatum videri.

Die mehrsten Ausleger haben sich an die Aeußerung des Pomponius gehalten, und die Regel aus der Vernunft, oder civilistischen Gründen als etwas Nothwendiges abzuleiten gesucht, daher man sich denn auch wohl bey der zweyten Aeußerung mit der Fiction behalf, das Gesetz nehme in dem gegebenen Fall die Existenz zweyer Erbschaften an [7]), oder mit der Unterscheidung zwischen einem pro parte intestatus ab initio, oder ex post [8]), wobey

6) Das: in paganis geht gewiß nicht, wie Accursius glaubte, auf pagana bona, sondern auf paganos homines. Cuiacius comm. ad Tit. de R. I. ad L. 7. ibid. (op. T. 8. p. 662.)

7) Faber error. pragm. Dec. 49. err. 1.

8) Glossa ad §. 5. I. de her. inst. (2. 14.) Cuiacius quaest. Papiniani L. 14. ad L. 15. §. 2. de inoff. (op. T. 4. p. 369.) Idem comm. ad Tit. de R. I. ad L. 7 ibid. (op. T. 8. p. 663.).

man aber gar nicht einsieht, warum das ex post milder behandelt werden soll, als das ab initio, besonders wenn man daran denkt, daß die Römer auch bey der Entsagung eines testamentarischen Erben den erwähnten Rechtssatz annehmen. Die gewöhnlichste, zum Theil noch wieder in einer der neuesten Schriften [9]) vertheidigte Erklärungsart ging dahin: der Erbe, als solcher, sey ein successor in universum ius defuncti, er habe, sofern kein Miterbe neben ihm sey, ein Recht auf die ganze Masse; auch sey diese ein untheilbares Ganzes, und eine universitas iuris. Mit solchen Melodien und petitionibus principii hat man nun freylich oft genug einzelne Rechtssätze der Römer zu erklären gesucht; allein hier ist doch der Zirkel zu auffallend. Denn grade das ist ja die Hauptfrage, warum man dem Testamentserben alles zutheilt, auch wenn es ihm der Erblasser nicht gab, und warum man nicht lieber im letzten Fall den Intestaterben, als Miterben, zugleich mit einrücken läßt? Das succedere in universum ius gehört zwar zum Begriff des Erben, aber es sagt nicht, daß er den ganzen Nachlaß bekomme, — denn man kann ja viele Erben haben, — sondern nur daß der Erbe ein Nachfolger in Activa und *Passiva* ist, wodurch er sich denn von Legataren, als Nachfolgern in bloße Activa, unterscheidet. Auch besteht die Untheilbarkeit bey Erbschaften

9) K. Reichhelm Verf. einer Auslegung dunkler Gesetze. Halle 1799. S. 215. 216.

nur darin, daß der Erbe auf seine *Rata* die Activa nicht von den Passivis trennen kann, keineswegs aber hat sie den Sinn, daß eine ganze Masse nicht aus verschiedenen Gründen vertheilt werden könne. Denn sonst würde es keine theilweise Umwerfung eines Testaments geben, welche doch mehrfach vorkommt, und eben so wenig eine Verbindung der Testaments- und Intestat-Erbfolge bey der Erbschaft eines Soldaten, wogegen die Römer nichts zu erinnern hatten. [10])

Von der Nichtigkeit dieser Einwendungen überzeugt, haben denn auch andre Schriftsteller jenen Rechtssatz, wie es seyn muß, aus Gründen zu erklären gesucht, welche außer ihm liegen. Vier solcher Gründe sollen, nach Haubold [11]) denselben allmählig veranlaßt haben, nämlich 1) daß man nicht wohl über eine Angelegenheit zwey Gesetzgeber haben könne; 2) daß sich der sacra privata nicht hätten unter zwey verschiedene Erben theilen lassen; 3) daß bey dem testamento per aes et libram die ganze familia Gegenstand der Mancipatio gewesen sey, und daß die letzte, als actus legitimus keine Zeitbestimmung gelitten habe, folglich auch Niemand nach Verschiedenheit der Zeit testatus und intestatus habe sterben können; und endlich 4) daß man überall die Testamente zum Nachtheil der gefährlichen Agnaten begünstigt habe. Allein

10) L. 6. 37. de testam. (6. 21.). mil. (29. 1.) L. 1. 2. C. eod.

11) Diss. cit. §. 7—10.

keiner dieser Gründe scheint mir den Rechtssatz nur zum Theil zu erklären, und so weiß ich denn auch der Verbindung aller kein Gewicht beyzulegen. Gegen den ersten Grund kann man einwenden, was schon die Glosse [12]) mit Berufung auf L. 7. §. 6. de pact. (2. 14.) angedeutet hat, nämlich: warum soll es nicht bestehen können, daß man etwas zum Theil ändert, und nicht ändert? Ein Conflict der Gesetze ist nur vorhanden, wenn über denselben Punkt mehrere einander entgegengesetzte Vorschriften gegeben sind. Aendert ein neueres Gesetz nur etwas, so bleibt es im Uebrigen bey dem früheren Gesetz, und beyde sind mit einander zu verbinden. Haben doch die Römer nie etwas dagegen gehabt, daß man dem Beschenkten bloß gebe, was ihm auf dem Todesfall versprochen ward, und das Uebrige dem gesetzlichen Erben lasse, und daß in der Regel alle, provisorisch durch das Gesetz regulirten Verhältnisse durch Privatwillkühr modificirt werden können, ohne sie ganz zu vernichten. Auch kann man noch einwenden, was Ulpianus [13]) sagt: lege obvenire hereditatem, non improprie quis dixerit et eam, quae ex testamento defertur, quia lege XII. tabularum testamentariae hereditates confirmantur. Also ist bey Testamenten im Grunde dieselbe Gesetzgebung, worauf die Intestat Erbfolge beruht. — Der zweyte Grund scheint

12) ad §. 5. I. de her. inst. (2, 14.).

13) L. 130. de V. S. (50. 16.).

auch nicht hieher zu passen. Denn da die Römer stets eine Mehrheit der Erben zugelassen haben, so konnten die sacra privata bey der Vererbung nur insofern Schwierigkeiten veranlassen, als die Frage davon war, ob sie von allen, oder nur von gewissen Erben fortgesetzt werden müßten? Hatte man nun für diese Frage die Antwort in dem Fall gefunden, wenn mehrere Testaments-, oder wenn mehrere Intestaterben da wären, so brauchte man ja für den vermischten Fall, wenn beyderley Arten der Erben vereinigt die Erbschaft theilen, bloß dieselben Grundsätze anzuwenden. Auch war von dem Agnaten, als solchem, noch dabey zu vermuthen, daß er die sacra mit mehr Liebe, als der fremde Testamentserbe fortsetzen werde. — Was ferner den dritten Grund betrifft, so liegt im Wesen der mancipatio nirgend etwas, warum sie nicht auch auf einen Theil des Nachlasses gehen konnte. Denn durch die mancipatio ließen sich körperliche und unkörperliche Sachen veräußern, also auch gewiß Theile eines Ganzen. Auch hatte ja der Erblasser bey dem testamento per aes et libram die Freyheit, in dem zweyten Act der Handlung, nämlich der nuncupatio testamenti, seinen Willen so beschränkt auszudrücken, wie er wollte. Außerdem ist kaum einzusehen, wie man es einen dies nennen kann, wenn ein Erblasser in einer Hinsicht rein dem Gesetz alles überläßt, und in einer andern Hinsicht seinen Willen erklärt. In beyden Fällen ist zwar nach dem Tode der

Grund der Delation verschieden, aber in Betreff der Zeit der Delation ist eine völlige Gleichheit. Und warum sollte bey einer Erbschaft die Zeit der Delation ihrer Theile nicht verschieden seyn können? Lassen es ja doch die Römer gelten, daß ein Erbe ohne Zusatz, ein andrer aber bedingt, oder von einem ungewissen Tage an eingesetzt wird! Dem vierten Grunde endlich würde ich allenfalls insofern Gewicht beylegen, als er so gestellt wäre: wer im Testament den Intestaterben nicht nennt, der zeigt eben dadurch, daß er nichts mit ihm zu thun haben will; da nun aber, wenn ganz für das Beste der Gläubiger gesorgt werden soll, keine Vacans in der Erbmasse bleiben darf, und der Testamentserbe doch ein bestimmtes Zeichen der Vorliebe des Erblassers für sich hat, so ist es am natürlichsten, ihm alles, was offen gelassen war, oder offen wird, zuzutheilen. Allein man darf auch dieses Raisonnement den Römern nicht unterschieben. Denn bey dem militairischen Testament galt, wie gesagt, die Regel: nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest, keineswegs; und doch ward grade bey diesem Testament nur dasjenige angenommen, was Billigkeit und freye Vernunft mit sich zu bringen schienen. Was sonst noch Wahres in jenem Grunde ist, möchte wohl für unsre Frage nicht entscheiden. Denn wenn auch die Römer, wie die Lehre von der tutela legitima, und der substitutio pupillaris zeigt, manches Singulaire annehmen, um die Agnaten, wo sie

gefährlich seyn können, zurückzudrängen, oder unschädlich zu machen, so ward doch jedem Bürger stets die volle Freyheit gestattet, seine Verwandten zur Intestat-Erbfolge zu lassen, und da kehrt immer die Frage zurück, warum sie nichts haben sollen, wenn ihnen der Erblasser durch sein Testament nur einen Theil entzog?

Erwägt man, daß, wie eben bemerkt ward, bey militairischen Testamenten, also grade da, wo man ungehindert das ganz Natürliche befolgte, die Verbindung der Testaments- und Intestat-Erbfolge angenommen ward, und daß eben diese Verbindung von einem der größten Classiker, welcher sich durch reine, feste und tiefe civilistische Ansichten so sehr auszeichnete, für etwas erklärt wird, was nicht widersinnig genannt werden könne: so muß man auf die Idee kommen, daß der Grund der gewöhnlichen Regel auch hier, wie sonst so oft, in einer bloßen positiven Zufälligkeit lag. Freylich haben sich unsre Ausleger immer ungern zu einer solchen Erklärungsart verstanden, und jedes Problem aus tiefen materiellen Gründen zu erklären gesucht. Allein eben dadurch ist das Römische Recht mehr verunstaltet, als man noch zur Zeit glaubt. Die Römischen Juristen waren, wie die jetzigen, in der Hauptsache bloße Ausleger des Positiven, und waren es noch mehr, wie wir. Dem Römer war alles Alte vorzüglich heilig, und der Republikanismus unterhielt eine Anhänglichkeit an das Gesetz und dessen Buchstaben, wie wir sie nicht kennen.

Die Verdienste der juristischen Classiker der Römer bestehen daher nicht sowohl darin, daß sie, wie viele der unsrigen, mit selbstgeschaffener Philosophie über ihr Fach herrschten, und ihre Philosopheme in das Positive hineinzudrängen suchten; sondern daß sie mit einem Scharfsinn und einer Consequenz, welche nie wider ihres gleichen finden werden, die einzelnen positiven Vorschriften zerlegten, und bis auf ihre feinsten Bestandtheile buchstäblich entwickelten. Wären nun die positiven Grundlagen ihrer Interpretation mit weiser gesetzgebender Klugheit gefaßt gewesen, so würde unter den Händen der Römischen Classiker die Rechtswissenschaft ein Ideal des Vortrefflichen geworden seyn. Allein gerade jene Grundlagen waren gewöhnlich fehlerhaft. Die Kunst, ein Gesetz einfach und rund zu fassen, und doch dabey die gewöhnlichen und ungewöhnlichen Fälle scharf zu ergreifen, kann erst das Produkt langer Uebung und hoher Cultur seyn. Daher sind denn die Gesetze roher Völker wohl kräftig und einfach, aber selten mit der gehörigen Umsicht gearbeitet; und wenn die spätere Gesetzgebung, bey vermehrter Erfahrung und Bildung nicht fleißig nachhilft, so müssen die Resultate der Interpretation (wie man noch jetzt in England sehen kann) überall kahl und hölzern werden. Nun aber ist es bekannt genug, wie wenig die Römer, besonders in den älteren Zeiten, bey ihren Gesetzen an die feineren Modificationen, oder ungewöhnlichen Fälle dachten, und wie mehrentheils alles nur nach dem

Alltäglichen zugeschnitten war. Ein recht notorisches Beyspiel gibt die Lex Aquilia mit ihrem damno corpore corpori dato; die Beschränkung der actio de pauperie auf Beschädigungen vierfüßiger Thiere; die Lex Falcidia mit ihrem Uebersehen des Umstandes, daß ein Erbe außer seinem Erbtheil auch noch nebenbey etwas Besonderes erhalten kann; und die mannigfaltige Unvollständigkeit dessen, was in den 12 Tafeln über die tutela und cura legitima vorkam. Wo sich bey solchen Vorschriften eine Lücke durch gewöhnliche logische Ausdehnung ergänzen ließ, da half freylich die Interpretation auf diesem Wege nach; aber sonst blieb man mit größter Schärfe bey dem Wortverstande; und wie auf diese Weise die Richtung einmal genommen war, so blieb man auch unter den Kaisern dabey. Ein Beyspiel gibt die angenommene Verwerflichkeit der successio graduum bey der Intestat-Erbfolge. Die Verfasser der 12 Tafeln hatten nur den gewöhnlichen Fall vor Augen gehabt, daß der berufene Agnat die Erbschaft annimmt, und so bloß den proximus agnatus gerufen. Hier ließ sich durch keine Interpretation eine successio graduum herausbringen, und daher ward sie verworfen, bis endlich Justinianus dem Unwesen ein Ende machte. Ein noch auffallenderes Beyspiel, welches so recht eigentlich hieher paßt, gibt das Verhältniß zwischen dem tutor legitimus und testamentarius. Der gewöhnliche Fall wird immer der seyn, daß ein berufener tutor testamentarius gleich einrückt, oder

ganz wegfällt. Indeß läßt sich auch der Mittelfall denken, daß er nur einstweilen nicht eintreten kann. Dieser Mittelfall war aber von den Verfassern der 12 Tafeln übersehen, und so mußte man denn in einem solchen Falle für die Ernennung eines dativus sorgen. Auf einer eben solchen Beschränktheit kann es nun auch beruhet haben, wenn die 12 Tafeln, oder frühere, durch sie erneuerte Gesetze vorschrieben, der Agnat solle erben, wenn der Verstorbene, ohne suos zu hinterlassen, intestato gestorben sey; und in der That war hier jene Beschränktheit natürlicher, als an vielen andern Orten. Denn wer sich zum Testiren versteht, der wird in der Regel, wenn er einmal an der Arbeit ist, sein ganzes Vermögen zum Gegenstande seiner Disposition machen, und man kann es eine launische Sonderbarkeit nennen, wenn er es nicht thut. An solche Curiositäten wird aber die Rechtswissenschaft stets erst dann erinnert, wenn sich schon das Recht fixirt hat, und so mußte es denn auch hier, wie in so vielen andern Fällen, die, von der Gesetzgebung verlassene Interpretation bey dem trockenen Resultat des alten Rechts bewenden lassen. Wo man sich indeß frey rühren konnte, wie bey dem militairischen Testament, da folgte man auch frey der Vernunft. Es ging demnach auch hier, wie in so vielen andern Fällen, daß man für die alten Verhältnisse das alte Recht mit seiner Interpretation beybehielt, das neue aber besser nach Vernunft und Billigkeit bestimmte. Auf diese Art kann es auch nicht befremden,

daß Pomponius, welcher ohnehin in Ansehung des civilistischen Geistes gewiß nicht mit Papinianus verglichen werden kann, von einem natürlichen Widerstreit zwischen Testaments- und Intestat-Erbfolge redet, während er, wie Tryphoninus [14]), eigentlich nur von einer Nothwendigkeit des Rechtssatzes (für den Ausleger) hätte sprechen sollen. Was in einem Staat viele Jahrhunderte unverbrüchlich beobachtet ist, das wird dem gewöhnlichen Juristen nur zu leicht eine unumstößliche Wahrheit. Auch weiß man ja, daß kein Volk mehr sein älteres Recht in so hohen Ehren hielt, wie die Römer, und daß namentlich die 12 Tafeln bey ihnen in einer Achtung standen, welche man fast eine abergläubische Verehrung nennen möchte.

Aus diesen Gründen glaube ich, daß Leibnitz [15]) der Wahrheit am nächsten kam, wenn er sagt: Digestorum opus, vel potius auctorum, unde excerpta sunt, labores admiror, nec quidquam vidi, sive rationum acumen, sive dicendi nervos spectes, quod magis accedat ad mathematicorum laudem. Mira est vis consequentiarum, certatque ponderi subtilitas. Quanquam non ideo conclusiones semper probem, quae saepe ducuntur ex quibusdam veteris persuasionis apicibus, opinione consecratis, veluti quod

14) L. 19. §. 2. de castr. pec. (49. 17.).

15) Epist. ad Kestnerum nr. 1. op. ed. Dutens T. 4. p. 254.

nemo possit pro parte testatus intestatusque decedere, quaeque alia sunt id genus multa, non aequitatis, sed formulae partus. Nur das hätte noch hinzugesetzt werden sollen, daß bey den bessern Classikern der spätern Zeit sehr häufig nicht eine gewisse Vorliebe für alte Subtilitäten entschied, sondern die Nothwendigkeit, welche den practischen Rechtsgelehrten stets unwiderstehlich mit sich fortreißt, wenn die Gesetzgebung fehlerhaft gefaßte ältere Vorschriften ungeändert stehen läßt, oder wenn sich gewisse Formeln einmal fixirt haben. Kein denkender Jurist wird jetzt die herkömmlichen Notariats-Formulare billigen; und doch wird er sie treulich nachschreiben, wenn er als Notar practisch handeln muß.

Sechste Abhandlung.

Ueber das Verhältniß der einzelnen Theile des Römischen Rechts.

Es iß gewiß von der größten Bedeutung, das Verhältniß der Institutionen, der Pandekten, des Codex und der Novellen zu einander, und ihrer Theile unter sich, gehörig zu bestimmen, und darüber feste Grundsätze zu haben. Allein bis jetzt hat darüber in mehrfacher Hinsicht ein allgemeines Schwanken Statt gehabt, und dieß war denn zum Theil wieder die Veranlassung, daß viele Ausleger gelegentlich bald diesen, bald einen andern Grundsatz anwandten.

Das Mehrste bestimmte man bisher nach der Regel: jüngere Gesetze heben die älteren auf; und so gab man denn den Novellen eine allgemeine derogirende Kraft; so zog man die jüngere Novelle der älteren vor u. s. w. Erst

Hübner [1]) hat es gewagt, das Princip dieser Theorie anzufechten, ob gleich er am Ende so ziemlich zu denselben Resultaten kommt. Nach seiner Meynung soll nämlich kein Theil des corpus iuris Romani als der jüngere den älteren derogiren, weil man Justinians Gesetze nicht successiv in ihrer ursprünglichen Zeitfolge, sondern vereinigt mit einem Male in Deutschland recipirt habe, unter diesen Umständen also von einer derogirenden Kraft nicht die Rede seyn könne. Dennoch aber soll nun nach seiner Idee das Jüngere durchgängig vorgezogen werden, weil der Deutsche nichts Widersprechendes habe recipiren wollen, und jenes Vorziehen nach dem Alter das natürlichste und leichteste Hülfsmittel sey. Das leichteste Hülfsmittel ist es nun freylich, etwa wie das Zerhauen eines Knotens; aber unter Hübner's Hauptvoraussetzung gewiß kein Hülfsmittel, wodurch die Vernunft gefördert wird. Denn das Neueste ist nur zu oft das Schlechteste, und Hübner wußte sich nie aus der Verlegenheit zu ziehen, wenn ich ihm, als er noch mein College in Jena war, im freundschaftlichen Gespräche die Frage vorlegte: ob er glaube, daß der Rechtswissenschaft ein Gefallen geschehe, wenn man seine Berichtigungen und Zusätze zu den Institutionen, als das novissimum, dem älteren Commentar von J. a. Costa unbedingt vorziehe? Eher hätte er den Grundsatz aufstellen

1) Berichtig. u. Zusätze zu den Institut. des Röm. R. Leipz. 1801. S. 8—14.

sollen, daß im Fall der Collision das vernünftigste Gesetz vorzuziehen sey, indem wir ja die allgemeine Rechtsregel haben, daß in ambiguo demjenigen der Vorrang gegeben werden soll, was zu dem sachgemäßesten Resultat führt. Indeß wäre, bey der Verschiedenheit unsrer Vernunften, das Römische Recht mit jenem Grundsatz auch sehr übel berathen, und man ist daher wohl sehr dabey interessirt, daß hier der alte, Frieden bringende Glaube, wenigstens im Ganzen, nicht verlassen werde. Dazu läßt sich auch leicht ein Mittel finden. Denn bey der Reception ward ja das Justinianeische Recht, als solches, angenommen, ganz in dem Sinn, und der Bedeutung, wie es nach der Absicht des Urhebers desselben gelten sollte. Wenn auch irrige historische Voraussetzungen eine solche Reception veranlaßten, so geschah sie doch factisch; und über keinen Punkt ist die Praxis so gleichförmig geblieben, als darüber, daß diejenigen Theile des Justinianeischen Rechts für uns gelten oder nicht gelten, welche nach der Absicht des Kaisers Gültigkeit haben, oder nicht haben oder behalten sollten. Justinians Wille und Absicht entscheidet also für uns allein; und insofern kann es denn gar keinen Zweifel leiden, daß im Ganzen für die Rangordnung der einzelnen Theile des Justinianeischen Rechts das Princip der Derogation des Aeltern durch das Jüngere zur Hauptbasis angenommen werden muß; obgleich, wie sich nachher zeigen wird, dieses Princip durchaus nicht in dem Umfange anzunehmen ist, wie viele unsrer Schriftsteller gewollt haben.

Wenn man alle hier denkbaren Fälle ganz erschöpfen will, so muß man die zwey Hauptfragen unterscheiden: wie verhält sich Sammlung zu Sammlung z. B. der Codex zu den Institutionen: und wie verhalten sich die Theile derselben Sammlung zu einander?

I) Was das gegenseitige Verhältniß der verschiedenen Sammlungen betrifft, so ist

1) darüber kein Zweifel daß im Fall der Collision die Novellen, als das jüngste Recht, dem Codex, den Pandekten, und den Institutionen unbedingt vorgehen.

2) Collidiren die Pandekten und der Codex, so hat man seit der Glosse fast immer unbedingt angenommen, daß der letzte den ersten derogire, weil der Gesetzestag des Codex, als eines Ganzen betrachtet, vom J. 534, der der Pandekten aber vom J. 533 sey, wobey denn eben deswegen auf das Alter der einzelnen Pandekten-Fragmente und der einzelnen Constitutionen des Codex nichts ankomme; daher auch Justinianus selbst sage: was in den Pandekten stehe, solle ganz als sein eigner Ausspruch behandelt werden [2]). Allein gegen diese Ansicht gibt es folgende Einwendungen. Nur sehr wenig Gesetze im Codex sind älter, als der Gesetztag der Pandekten [3]). Alle übrigen datirten sind entweder von Justinians Vorgängern, oder von ihm

2) Const. Tanta circa de confirm. Dig. §. 21.

3) L. ult. C. de iur. propt. cal. (2. 59.) L. ult. C. de testam. 6. 23.) L. ult. C. de legit. her. (6. 58.).

selbst aus den Jahren 528—533, und dieß ist im Ganzen auch bey den Constitutionen der Fall, deren Datum verloren gegangen ist. Daß die ersten den Pandekten derogiren müssen, versteht sich ganz von selbst, und darüber ist auch bis auf die neuesten Zeiten nie gezweifelt [4]). Allein in Ansehung der übrigen führt das angenommene Derogiren der Pandekten durch den Codex zu ganz unglaublichen Voraussetzungen. Man muß nämlich dann annehmen, daß Justinianus erst durch den alten Codex, oder eine einzelne Constitution von 530—533 einen Rechtssatz als Gesetz verkündete, ihn gleich darauf durch eine entgegenstehende Bestimmung der Pandekten wieder niederschlug; aber auch kurz nachher abermals durch Wiederholung in den neuen Codex gegen die Pandekten restituirte. Wo hat aber der Kaiser jemals einen solchen, an Wahnsinn grenzenden Wankelmuth bewiesen? Man nehme nur zum Beyspiel diesen Fall. In einem Gesetz von 531 [5]) verordnete er: der Erbe könne zwar um eine Deliberations-Frist bitten, aber es solle ihm nicht mehr, wie sonst, mehrmals nach einander eine solche Frist bewilligt werden, sondern nur eine einzige auf 9 Monathe, oder 1 Jahr. Dennoch wird ein Paar Jahre nachher wieder in den Pandekten erzählt, der Prätor habe nach Umständen mehrere Fristen ertheilt [6]), und diesem folgt un-

4) Schöman Handb. 1. B. S. 12. 13.

5) L. 22. §. 13. C. de iure delib. (6. 30.).

6) L. 3. de iure delib. (28. 8.).

mittelbar der dogmatische Zusatz, man erhalte aber solche Fristerstreckungen nur aus wichtigen Gründen [7]). Gleich darauf erscheint aber jene Constitution von 531 wieder im codex repetitae praelectionis. Hier ist es ganz unglaublich, daß Justinianus in 3 Jahren über eine so einfache Sache dreymal seine Meynung änderte, zumal da ihm jene Constitution mit ihrem neuen Institut des beneficii inventarii so sehr am Herzen lag. Ganz natürlich war es mithin, daß verschiedene Juristen von jener Derogation nichts wissen wollten, und durchaus auf eine solche Auslegung drangen, wodurch man den Codex mit den Pandekten vereinige. Schon bey Duarenus [8]) und Merillius [9]) findet man viel von dieser Idee, jedoch mit einer künstlichen Wendung, welche zeigt, daß sie eine solche Vereinigung häufig nicht für möglich hielten, und sich daher zu einem gewissen Laviren genöthigt sahen. Nach ihrer Idee sollen nämlich die Constitutionen des Codex den Pandekten nicht derogiren, welche älter sind, als die begonnene Compilation der Pandekten; was aber nachdem diese Compilation angefangen hatte, an Constitutionen erschien, — also namentlich die 50 Decisionen, — das soll, als jünger, den Pandekten derogiren. Allein damit ist wieder nicht auszukommen. Denn mit dem Beginnen der Compila-

7) L. 4. cod.

8) ad Tit. P. qui test. fac. poss. u. ad Tit. ad. L. Falcid.

9) Exposit. quinquag. Decis. Prolegom.

tion der Pandekten waren ja die letzten noch nicht vollendet. Erst allmählig konnte die schwierige Arbeit vollbracht werden, und bis zur Publikation blieben die Pandekten als Gegenstand einer steten freyen Revision in den Händen der Redactoren. Wenn also während der Compilation der Pandekten eine Decision erschien, so sind jene doch im Grunde das neuere Recht, und wo sie von der Decision abweichen, da bleibt immer das Problem, warum nicht die Pandekten noch vor ihrer Publikation nach der in die Mitte getretenen Decision gleich geändert wurden? Weit consequenter haben also Gratianus [10], Giphanius [11] und Galvanus [12] die unbedingte Behauptung aufgestellt, daß die Constitutionen des Codex, sofern sie nicht jünger sind, als der Gesetztag der Pandekten, mit den letzten als gleichzeitiges Recht zu behandeln, folglich auf alle mögliche Weise mit denselben zu vereinigen sind. Daß dieß vielfach geschehen könne, wo die Ausleger bisher oft einen Widerspruch annahmen, hat Gratianus in einer ganzen Reihe von Beyspielen gezeigt, wobey ihn aber sein Eifer für das Harmonie-System so weit führte, daß er nicht

10) F. Gratiani de Garzatoribus de conciliatione legum Digestorum et Codicis libri duo. (In E. Begeri Codicis Iustinianei illustrationes. Frkf. et Lips. 1767. p. 117 — 202.).

11) Tract. de quaestione celebri: An Codex abroget Pandectis etc. Frankf. 1618. (bey Beger l. c. p. 203 — 207.).

12) De usufructu p. 398 — 400.

einmal Zusätze und Beschränkungen des Codex einräumen, und am Ende alles, was der Codex sagt, schon in den Pandekten, wenigstens angedeutet, finden wollte. Auf die nicht seltenen Fälle, wo der Codex gradezu den Pandekten widerstreitet, wie in den vorhin erwähnten Sätzen über die Deliberations-Frist, läßt er sich aber klüglich gar nicht ein; und so ist es denn auch nicht zu verwundern, daß, ungeachtet seiner sehr gelehrten und scharfsinnigen Ausführung, die mehrsten Juristen nach wie vor der Derogations-Theorie zugethan blieben.

Folgende Grundsätze halte ich für die einzigen, welche das Wahre und Glaubhafte mit allgemeinen Auslegungsgrundsätzen consequent vereinigen.

A) Aenderungen eines Rechtssatzes sind nie zu vermuthen. Wenn man also ein Reskript oder Decret des Codex seiner gänzlichen Unbestimmtheit wegen, auf Fälle beziehen kann, für welche es auch nach dem Pandekten-Recht wahr ist, so muß es in diesem Sinn genommen werden [13]). Darüber sind auch die bessern Ausleger von jeher einverstanden gewesen.

B) Selten sind Gesetzgebungen fähig, die Gründe des älteren Rechts ganz zu fassen, und so bleibt leicht bey Reformen dieß und jenes ungeändert, was volle Consequenz auch mit hätte vernichten sollen, nun aber, weil es die

13) Meine logische Auslég. 2. Aufl. §. 38.

Gesetzgebung stehen ließ, von dem Ausleger beybehalten werden muß. Wenn es daher auch wahrscheinlich gemacht werden könnte [14]), daß eine berühmte Aeußerung von Caius in den Pandekten [15]) bloß ein Folgesatz der Eintheilung der Sachen in res mancipi und nec mancipi sey, welche Eintheilung Justinianus schon vor den Pandekten im Codex vernichtete: so muß es hier doch bey dem Ausspruch des Caius bleiben, weil sich nicht erweisen läßt, daß der Kaiser ihn auch als Folgesatz jener Eintheilung der Sachen ansah, und weil vielmehr das Gegentheil wahrscheinlich ist, indem ja sonst in den Pandekten alles sorgfältig ausgemerzt ist, was an die alte Lehre über res mancipi und nec mancipi erinnern könnte. Aus gleichen Gründen würde ich behaupten, daß auch noch jetzt die Fixirung einer unbestimmt vermachten Weggerechtigkeit nach der Wahl des Erben geschehen könne. Denn die Pandekten sagen es ganz allgemein, ohne auf die Formel des Legats Gewicht zu legen [16]), und wer weiß, ob nicht die Aeußerung der Pandekten aus dem, auch durch Justinianus ungeändert gelassenen Satz, daß bey unbestimmten Legaten der Beschwerte das Recht der Bestimmung habe [17]), abgeleitet ward. Auf allen Fall aber konnte der Kaiser jene Aeußerung so nehmen, und so darf hier denn seine neue Vorschrift,

14) Pufendorf Obs. iur. univ. T. 3. Obs. 188. §. 4. 5.

15) L. 6. de S. P. U. (8. 2.)

16) L. 26. de S. P. R. (8. 3.).

17) L. 39. §. 6. de leg. 1. (30.).

daß bey dem generischen Legat der Legatar im Zweifel die Wahl habe, nicht auf jenen durch die Pandekten entschiedenen Fall bezogen werden [18]).

C) Regeln und Ausnahmen, Hauptsätze und ihre Nebenbestimmungen sind niemals eigentlich im Widerstreit, sondern müssen mit einander beschränkend und ergänzend vereiniget werden [19]). Wenn also

a) der Codex, wie es notorisch überall Statt findet, die Regeln der Pandekten da und dort für einzelne Fälle beschränkt, und zu besondern Sätzen der Pandekten noch andre Besonderheiten hinzuthut, so muß dabey das Geschäft des Auslegers bloß in grammatischer Combination bestehen, und es ist eine lächerliche Furchtsamkeit, wenn man in solchen Fällen, wie es Gratianus mehrfach gethan hat, durch künstliche Wendungen herauszubringen sucht, daß der Codex nichts Neues enthalte. Justinianus hat es ja selbst erklärt, daß Codex und Pandekten sich in ihrem gegenseitigen Verhältniß einander ergänzen sollen, indem er der Commission den Auftrag ertheilte, aus den Pandekten wegzulassen, was schon im Codex stehe, und nachher erklärte, daß das Gegentheil nur zuweilen der Deutlichkeit wegen geschehen sey [20]).

18) A. M. ist Voet, Comm. L. 8. T. 3. §. 8.

19) L. 80. de R. I. (50. 17.).

20) Const. Deo auctore de concept. Dig. §. 9. Const. Tanta circa de confirm. Dig. §. 14.

b) Aus eben diesen Gründen folgt denn aber auch, daß die bestimmten Besonderheiten der Pandekten nicht durch entgegenstehende Regeln des Codex, und am wenigsten durch unbestimmte Allgemeinheiten desselben aufgehoben werden. Denn vernichtet nicht einmal eine jüngere Regel die älteren Besonderheiten [21]), so müssen sie um so mehr fortgelten, wenn sie nach Bekanntmachung der Regel aufs neue wieder in ein Gesetzbuch als dessen Theile gestellt werden. Daher kann es gar keinen Zweifel leiden, daß, ungeachtet der unbestimmt allgemeinen L. ult. C. de commod. (4. 23.), der Commodatar wegen nothwendiger Auslagen das Retentions-Recht hat. Denn für einen solchen Fall geben es ihm die Pandekten bestimmt [22]). Eben so können die Vorschriften der Pandekten über die Zulässigkeit zweyer besonderen Verträge zum Nachtheil des Verpfänders [23]), auch wenn diese Verträge wie Arten der durch Constantinus in L. ult. C. de pact. pignor. (8. 35.) vernichteten Lex commissoria gelten könnten [24]), nicht als durch diese

21) S. die folgende Abhandlung.

22) L. 15. §. 2. L. 59. de furt. (47. 2).

23) L. ult. de contr. emt. (18. 1.) L. 16. §. ult. de pignor. (20. 1.).

24) Sie sind es aber nicht. Denn das Ueberlassen gegen einen billigen Preis ist kein Verfallen; und das Ueberlassen des Pfandes an den zahlenden Bürgen steht gar nicht unter den Worten der L. ult. C. de pact. pignor. (8. 35.), welche nur von dem Verfallen an den Hauptgläubiger redet. Eine Ausdehnung des Gesetzes auf den Bürgen ist hier aber ganz am unrechten Orte. Denn nur von dem Hauptgläubiger ist

Constitution vernichtet angesehen werden, welches um so mehr zu behaupten ist, da sonst in den Pandekten alle älteren Begriffe über Zulässigkeit des pacti commissorii bey Verpfändungen sorgfältig entfernt sind.

D) Der Fall eines eigentlichen directen Widerstreits zwischen den Pandekten und dem Codex ist zwar nicht sehr häufig. Denn wo die Kaiserlichen Constitutionen das in den Schriften der Classiker enthaltene Recht geändert hatten, da ist in den Pandekten gewöhnlich das Geänderte so unbestimmt gelassen, daß das Neue der Constitutionen als rein supplementarisch leicht hineingreifen kann, wie z. B. in der Lehre von der Verjährung; oder die Pandekten-Fragmente sind sogar nach dem Constitutionen-Recht interpolirt, ein Fall, welcher bekanntlich unendlich oft vorkommt. Indeß ist auch nicht zu leugnen, daß es Fälle gibt, wo der Widerstreit ganz offenbar ist [25]), und dieß sind denn in der Regel immer Fälle, wo entweder die Kenntniß des reinen Pandekten-Rechts zur Verständlichkeit einer Constitution unentbehrlich war, wie in dem obigen Beyspiel aus der Deliberations-Lehre, oder wo das Weitläuftige und Eingreifende

eine harte eigennützige Behandlung zu fürchten, nicht aber vom Bürgen, welcher in der Regel durch bloße Freundschaft zum Beytritt veranlaßt wird. Auch ist es mit einer solchen Ausdehnung correctorischer Gesetze eine sehr mißliche Sache. Indeß haben diese Ideen bedeutende Auctoritäten gegen sich. Mein Pand. Syst. §. 649. not. O.

25) Huber prael. ad Inst. Prooem. §. 10.

der Begriffe der Classiker ein Ausscheiden des Unpractischen ganz unmöglich machte, wie z. B. die Pandekten in der Lehre von den Legaten an hundert Orten auf der Theorie der Classiker über die vier Formeln der Legate beruhen, welche Theorie Justinianus schon vor Verkündigung der Pandekten durch eine Constitution cassirt hatte, und auch gleich nachher wieder in den Institutionen und dem neuen Codex als cassirt behandelte. Auch in solchen Fällen nun ist die Vereinigung sehr leicht, indem man den Codex vorzieht, nur muß man dieses Vorziehen kein Derogiren nennen, weil damit angedeutet wird, daß man etwas, was als Gesetz verkündet wird, durch ein neueres Gesetz aufhebt. Die Sache ist in der That sehr einfach. Justinians Absicht ging bey Compilation der Pandekten dahin, daß sie nicht bloß ein Gesetzbuch, sondern auch ein Lehrbuch seyn, so alles Wissenswürdige enthalten, und damit die ganze Masse der älteren juristischen Schriften entbehrlich machen sollten. Nach diesem Plan mußten denn die Pandekten, als bloß wissenschaftliches Material, alles mit in sich aufnehmen, was zur Verständlichkeit der Constitutionen gehörte, etwa wie sie, nach der eigenen Erklärung des Kaisers [26]), der Klarheit und der Divisionen wegen, allerley Wiederholungen enthalten; auch konnte man eben dieses Planes wegen unbesorgt alles Cassirte stehen lassen, wo es sich nicht aus-

26) Const. Tanta circa de confirm. Dig. §. 14.

scheiden ließ, und zum Zusammenhange gehörte. Dadurch ward gewiß zu Justinians Zeiten Niemand gestört. Denn schon im J. 529. hatte er die gereinigten Constitutionen als ein durchaus practisches, nichts Antiquarisches enthaltendes Gesetzbuch publicirt, und alles, was in den einzelnen Constitutionen ursprünglich nur auf einen individuellen Fall gegangen war, zu allgemeinen Gesetzen erhoben. Daß dieses, so vorangeschickte heilige Kaiserliche Recht durch und durch ein Gesetz seyn und bleiben sollte, daran konnte um so weniger bey Publication der Pandekten gezweifelt werden, da die einzelnen Pandekten-Fragmente, welche auf irgend eine Art mit den Constitutionen im Widerstreit stehen, immer älter sind als diese Constitutionen, daher auch Justinianus in seinen Einleitungs-Constitutionen die Pandekten mehrmals das alte Recht nennt. Denkt man nun ferner daran, daß bey dem Erscheinen der Pandekten die Richter und Lehrer schon mehrere Jahre an den alten Codex gewohnt waren; daß der Kaiser bey Bekanntmachung der Pandekten nicht entfernt andeutet, daß er durch dieselben etwas am Codex ändern wolle; daß neben den Pandekten gleichfalls als Gesetzbuch die Institutionen erschienen, in denen überall das Recht des Codex, auch in Ansehung der von den Pandekten abweichenden Punkte, als practisch gültig dargestellt wird, z. B. in der Lehre von Legaten und Fideicommissen; und daß endlich alles, was der alte Codex gegen die Theorien der Classiker enthielt, bald nach Einführung der Pandekten

im codex repetitae praelectionis aufs Neue schlechthin publicirt ward: so muß das Resultat durchaus dahin ausfallen: der Codex geht im Fall eines Widerstreits den Pandekten vor, allein dieß ist kein Derogiren, sondern eine Verhältnißbestimmung des Practischen zu dem, was nach der eignen Absicht des Gesetzgebers bloß historisches Material seyn sollte. Man vermeide nur den unnatürlichen Begriff des Derogirens. Dann ist alles im Klaren, und dann verschwinden auch alle Schwierigkeiten, welche Gratianus und seine Anhänger in Verlegenheit setzten, und zu den gewaltsamsten Künsteleyen veranlaßten.

3) Sind die dogmatischen Sätze der Institutionen (denn die historischen Einleitungen derselben haben als solche auch nur historische Bedeutung) mit dem Codex im wirklichen Widerstreit, so geht natürlich, als jüngere, derogirende, die Constitution vor, welche nach der Gesetztage der Institutionen erlassen ist, ein Fall, welcher hier grade so selten, wie bey den Pandekten vorkommt, weil Institutionen und Pandekten an demselben Tage Gesetzkraft erhielten. Sollten dagegen die Institutionen früheren Constitutionen widerstreiten, so würde es kein Vereinigungsmittel geben. Denn die dogmatischen Sätze der Institutionen stellen die eignen Ansichten Justinians dar, und eben dieß thut der Codex, besonders insofern er noch wieder nach den Institutionen aufs Neue bestätigt ward. Zum Glück ist bisher noch kein solcher Widerstreit entdeckt, und wo man

dergleichen gefunden zu haben glaubte [27]), da läßt sich immer ein Irrthum der Ausleger nachweisen. Man darf es indeß aus den obigen Gründen keinen Widerspruch nennen, sondern man muß ergänzend verfahren, wenn der, weit detaillirtere Codex zu den, dem Anfänger genügenden unbestimmten Hauptsätzen der Institutionen (z. B. in der Lehre von der Intestat Erbfolge, und den Peculien) eine Menge von Nachträgen und Beschränkungen liefert, oder wenn eine in den Institutionen nur obenhin excerpirte Constitution die Sache genauer darstellt, in welchem letzten Fall natürlich nicht das Excerpt, sondern die Hauptconstitutionen über den Sinn des Ganzen entscheidet. So ist es z. B. ganz irrig, wenn oft wegen der Worte occasione patris in §. 1. I. per quas personas cuique acquir. (2. 9.) behauptet ist, auch dasjenige sey peculium profectitium, was der Dritte zwar dem Sohn gegeben habe, aber aus Liebe zum Vater bewogen. Denn die Hauptconstitution [28]) läßt keinen Zweifel darüber, daß jene Worte der Institutionen mit dem: e re patris proficiscitur ganz gleichgeltend sind.

27) Ein Beyspiel gibt der in Meinem Pand. Syst. §. 552. not. f. angeführte Prehn, indem er für den streitigen Fall meynt, in den Institutionen sey der Codex ganz mißverstanden. Allein die ersten erzählen offenbar im Wesentlichen eben das, was ausführlicher im Codex steht, und die im Codex hinzugefügten Ausnahmen von der Regel setzen es ganz außer Zweifel, daß darin nicht von einem ohne Tutor handelnden Pupillen die Rede seyn sollte.

28) L. 6. C. de bon. quae lib. (6. 61.).

4) Widerstreiten sich Institutionen und Pandekten, welches denn wiederum nicht anzunehmen ist, sofern die letzten bloß ergänzend, erweiternd und beschränkend sind [29]), so entsteht im Ganzen ein unauflöslicher Knoten, wenn man beyde in allen Theilen als Gesetzbücher ansieht. Denn beyde erhielten an demselben Tage Gesetzkraft, und so müßte man mit Konopak [30]) sagen, daß bey einem solchen Widerstreit schlechterdings nichts, als eine authentische Entscheidung übrig bleibe, und daß es in so fern keinen Sinn habe, wenn man bisher gewöhnlich die Regel aufzustellen pflegte, die Institutionen gingen da den Pandekten vor, wo es klar sey, daß in jenen die letzten geändert werden sollten. Allein es ist doch offenbar, daß die Institutionen eine Menge eigenthümlicher Sätze enthalten, welche, als durchdachte eigne Meynungen des Kaisers gewiß nicht zufällig hineinkamen, und als eigne Idee des Kaisers auf allen Fall Gesetzkraft haben sollten [31]). Erwägt man nun, was oben über die Rangordnung des Codex und der Pandekten gesagt ward, so ist auch hier der Ausweg leicht gefunden. Die Pandekten sind nämlich ein gemischtes Werk,

29) z. B. §. 23. I. de rer. div. (2. 1.) vergl. mit L. 7. §. 5. de A. R. D. (41. 1.) Köchy civilist. Erört. 1. B. S. 61 fgg. A. Schnaubert de alvei derelicti mutatione. Ien. 1812.

30) Institutionen §. 60.

31) z. B der Titel de legatis, verglichen mit den correspondirenden Pandekten Titeln. Ferner §. 34. I. de rer. div. (2. 1.) vergl mit L. 23. §. 3. de R. V. (6. 1.). Endlich §. 2. I. de usufr. (2. 4.) vergl. mit L. 15. §. 4. eod. (7. 1.).

zwar großentheils gesetzgebend, aber vielfach bloße Excerpte zu wissenschaftlichen Zwecken. Die dogmatischen Sätze der Institutionen liefern dagegen unbedingt geltendes Recht, und so muß man denn überall die Pandekten, als bloß historisch zurücksetzen, wenn sie mit den dogmatischen Sätzen der Institutionen im Widerstreit stehen; daher es sehr unpassend war, wenn Hübner [32]) sich darüber ereiferte, daß sein trefflicher Lehrer [33]) den Institutionen auch deswegen den Vorrang vor den Pandekten gegeben hatte, weil die letzten mera alienorum operum fragmenta exhibent, quum e contrario Iustinianus in Institutionibus ipse loquatur. Auf diese Art kommt man denn auch zu den Resultaten der gemeinen Ansicht, welche freylich auch hier wieder sehr unpassend von einem Derogiren der Pandekten durch die Institutionen redet. — Uebrigens haben bisher alle Theile in Einem Fall die Institutionen den Pandekten nachgesetzt, nämlich wenn die Institutionen, indem sie aus den Pandekten excerpirt wurden (oder auch sonst) bloße Uebereilungsfehler enthalten, die Pandekten aber einen entgegenstehenden Satz als unbezweifelt aus offenbar richtigen Gründen aufstellen. Da wir die ganz gewisse hermeneutische Regel haben, daß der Jurist die Worte verlassen darf, wo erweislich der Gesetzgeber nicht sagen wollte, was in den Worten liegt, so ist

32) Bericht. und Zus. zu d. Inst. S. 9. 10.

33) Haubold prace. iur. Rom. Lips. 1796. §. 16.

insofern jene Einschränkung in ihrem Princip richtig, und allenfalls mag auch das Hauptbeyspiel richtig seyn, welches man zur Erläuterung desselben anzuführen pflegt [34]). Allein ganz willkührlich ist es, wenn Schöman [35]) die Sache so weit getrieben hat, daß er die Institutionen schlechthin zurücksetzt, wo ihm die Pandekten consequenter, oder sonst besser scheinen [36]). Denn der erklärte Wille und die wirkliche Absicht des Gesetzgebers sind die einzige Richtschnur des Juristen, welcher auch die unweisesten positiven Gesetze zu befolgen hat, so lange sich nicht erweisen läßt, daß der Wortverstand der Rede dem eignen Willen des Gesetzgebers nicht entspricht.

II) Kommen Theile derselben Sammlung mit einander in Collision, und zwar

1) Novellen mit Novellen, so versteht es sich von selbst, daß die ältere Novelle der jüngern weicht. Man muß sich aber in dieser Hinsicht vor dem gangbaren Irrthum hüten, daß in den Contisch-Gothofredischen Ausgaben der Novellen die chronologische Ordnung durchaus beobachtet sey. Gewöhnlich ist es freylich geschehen, aber keineswegs immer [37]).

34) Nämlich §. 24. I. de rer. div. (2. 1.) vergl. mit L. 7. §. 7. de acquir. rer. dom. (41. 1.).

35) Handb. 1. B. S. 15—25.

36) z. B. §. 2. I. de usufr. (2. 4.) vergl. mit L. 15. §. 4. eod. (7. 1.).

37) Vergl. z. B. Nov. 113. mit Nov. 125. und Nov. 41. mit Nov. 50. Schulting pro rescriptis imperator. Rom. §. 3.

2) Kommen Constitutionen des Codex mit einander in Widerstreit, so, daß eine modificirende Vereinigung derselben unmöglich ist, so hat man seit der Glosse fast immer angenommen, daß die jüngere Constitution der älteren vorgehe, wogegen sich jedoch schon Giphanius [38]) sehr lebhaft erklärte. Mit diesem bequemen Grundsatz machte man es sich denn noch dazu so bequem wie möglich, und cassirte leichtsinnig, was sich recht wohl vereinigen läßt. Ein Beyspiel gibt die berühmte Frage, ob die querela inofficiosae donationis die Schenkung nur immer bis auf den Pflichttheil umwirft, oder in dem Fall ganz, wenn die Schenkung alle Güter betraf? Acht Constitutionen hinter einander in demselben Titel [39]) sind unbedingt, und namentlich auch für den Fall der Schenkung aller Güter, gegen die gänzliche Rescission, aber in der letzten Constitution eben dieses Titels soll etwas dagegen vorkommen, und damit schlägt man denn alle vorhergehenden Constitutionen nieder, so wenig auch hier die Nothwendigkeit ein solches schneidendes Verfahren rechtfertigt. Denn die letzte Constitution bezieht sich nur auf die Frage, wer die Querel habe, und wie lange sie daure? Ueber den Zweck derselben sagt diese Constitution nichts, und darüber allein entscheiden die früheren Constitutionen. Ein ähnliches Beyspiel gibt die Frage, ob Decrete, Interlocutionen, und

38) Tract. cit. p. 203.

39) L. 1—8. C. de inoffic. don. (3. 29.).

Reſcripte allgemeine Geſetzkraft haben [40]? Man iſt in dieſem Leichtſinn ſogar ſo weit gegangen, daß man gegen klare allgemeine geſetzliche Vorſchriften im Codex die neben eine Regel deſſelben geſtellten Ausnahmen durch die Regel vernichtete, und dieß ſogar noch wohl ohne Rückſicht auf das Alter. So ſteht z. B. neben dem allgemeinen Verbot der lex commissaria in L. ult. C. de pact. pignor. (8. 35.) in L. 13. C. de pignor. (8. 14.) der beſondere, auch als Ausnahme ſehr begreifliche Satz, daß ein nach der Verpfändung geſchloſſenes pactum commissorium gültig ſey. Hier war nun die Vereinigung ganz leicht, und doch gab es Juriſten, welche mit der Regel die Ausnahme entfernen wollten [41]. Gleiche Beyſpiele kommen vor in Beziehung auf die Zinsverbote, und die im Ganzen gegen die Eltern unterſagte Reſtitution [42]. Unbegreiflich iſt es, wie man auch nur ein einziges Mal auf ſolche, ſchon an ſich ganz unjuriſtiſche Ideen gerathen konnte, da Juſtinianus ſelbſt ſich aufs beſtimmteſte dagegen erklärt hat, und zwar ſo, daß im Codex niemals ein Widerſtreit angenommen, niemals das Zeitalter den Ausſchlag geben, ſondern alles vereinigt werden ſolle, wo alſo, wenn dem Ausleger das modificirende Vereinigen

40) Mein Pandekt.-Syſt. §. 34. not. o.

41) Emminghaus ad Cocceii ius contr. L. 13. T. 7. qu. 9.

42) Mein Pandekt.-Syſt. §. 281. not. m. §. 1002. not. n.

unmöglich scheint, nichts weiter, als eine authentische Interpretation den Knoten lösen darf. Denn in der Const. haec quae necessario de novo Codice faciendo §. 2. gibt der Kaiser der Commission den Auftrag, im Codex sorgfältig alle Contraria zu vermeiden. In den darauf erfolgten Publications-Patenten [43]) wird die genaue Vollführung dieses Auftrags als geschehen angekündigt: der Codex enthalte keine contraria, quae posteriore promulgatione vacuata, es sey darin nulla penitus nec simili, nec diversa, nec inusitata relicta constitutione. Deutlicher kann nun wahrlich Niemand sprechen, und doch hat der Kaiser in Nov. 158. noch ein Uebriges gethan, um die Blinden sehend zu machen. Die Novelle ward nämlich durch einen Fall veranlaßt, wo man darüber gestritten hatte, ob nicht von zweyen Constitutionen des Codex die ältere der neueren weiche? Hierauf antwortet denn der Kaiser: neque pugnare inter se aliquis Theodosii et Nostram legem dixerit, quum in eodem utraque volumine sit posita, et Nos per constitutionem, quam pro eo posuimus, obfirmaverimus, nihil in eo residere contrarii. Hierauf wird denn gut gezeigt, wie man beyde Constitutionen in einander gepaßt vereinigen könne. Freylich ist die Novelle nicht glossirt. Allein zur Ausmittelung des Sprachgebrauchs, also auch, um zu

43) Const. Haec quae necessario de novo codice fac. §. 2. Const. Summa reipubl. de Justin. cod. confirm. §. 1.

zeigen, was der Ausdruck: keine contraria bedeute, kann jedes historische Document benutzt werden. Indeß will ich gern diesen Beweis aus der Novelle für überflüssig erklären, da kein Philolog die früheren Patente des Kaisers anders verstehen wird, wie sie nach der Novelle verstanden werden sollen.

3) Ist unter Pandekten-Fragmenten ein Widerstreit, so muß ganz dasselbe gelten, was eben vom Codex gesagt ist. Denn in der den Redactoren gegebenen Instruction ist mehrmals gesagt, es solle in den Pandekten nichts Widerstreitendes geduldet werden, keine discordia, keine antinomia [44]). Das darauf erfolgte Publications-Patent [45]) erklärt wiederholt, daß die Commission der Auflage des Kaisers nachgekommen sey, und befiehlt nachdrücklich, keine Widersprüche anzunehmen, und alles als gleichgeltend und vereinbarlich zu behandeln. Gleich im pr. des Patents werden die Pandekten darüber belobt, daß sie keine contraria enthielten, und im §. 1. wird nochmals bemerkt, es sey darin kein seditiosum nachgelassen. Fast noch bestimmter ist der §. 15: Contrarium autem aliquid in hoc codice positum nullum sibi locum vendicabit, nec invenitur, si quis subtili animo diversitatis rationes excutiet, sed est aliquid novum inventum, vel occulte positum, quod dissonantiae querelam dis-

44) Const. Deo auctore de conc. Dig. §. 4. 9.

45) Const. Omnem reipubl. de conc. Dig.

solvit, et aliam naturam inducit, discordiae fines effugientem. Damit auch nicht die Idee entstehe, daß einer der excerpirten Juristen vollwichtiger sey, als der andre, wird im §. 20. noch diese wichtige Bemerkung hinzugefügt, welche jeden Versuch, das Eine durch das Andre aufzuheben, ganz unmöglich macht: legislatores autem, vel commentatores eos elegimus, qui digni tanto opere erant, et quos anteriores piissimi principes admittere non sunt indignati, omnibus uno dignitatis apice impertito, nec sibi cuidam aliquam praerogativam vindicante. Quum enim constitutionum vicem et has leges obtinere censuimus, quasi ex Nobis promulgatus: quid amplius aut minus in quibusdam esse intelligatur, cum una dignitas, una potestas omnibus est indulta? Endlich wird im §. 21. den Zweiflern noch der Weg offen gelassen, daß sie sich wegen scheinbarer Widersprüche an den Kaiser wenden dürfen.

Allein mit solchen verheissenen authentischen Auslegungen ist nun weder unsern Practikern, noch unsern Theoretikern geholfen. Denn welche Regierung in Deutschland läßt sich auf diese Art incommodiren, und wie viele Mitglieder der Justiz-Ministerien gibt es, welche fähig sind, die schwierigen Theile des Römischen Rechts gehörig zu beurtheilen? Daß Schriftsteller, welche für ganz Deutschland schreiben, und academische Lehrer, welche in der

Regel auch Ausländer vor sich haben, mit Erklärungen ihrer Landesregierung gar nicht geholfen sind, versteht sich ganz von selbst. So hat man sich denn von jeher bey den vielen unverkennbaren Antinomien der Pandekten auf andre Art Luft zu machen gesucht. Unsre Advocaten pflegen möglichst den Ausweg zu wählen, daß sie das sachdienliche Fragment anführen, und von dem entgegenstehenden schweigen. Die mehrsten Theoretiker dagegen haben dadurch die Sache auszugleichen gesucht, daß sie die Meynung vorzogen, welche der Vernunft, oder Rechts-Analogie am gemäßesten schien. Mit diesem Princip kamen denn auch Einige, — man sollte es kaum glauben, — zu den besonderen Regeln: man müßte Stellen aus responsis den Auszügen aus Commentariis vorziehen, weil in einem langgesponnenen Werk der letzten Art der gute Homer leicht einschlafe, bey Responsis aber die, durch die Gebühr aufgefrischte Kraft nicht leicht ermüde; oder umgekehrt: man müsse die Auszüge aus Commentariis den Fragmenten aus Responsis vorziehen, weil ein Commentar Product des wissenschaftlichen Interesse sey, bey Gutachten aber leicht der Fall eintrete, daß man bloß aus Gefälligkeit gegen den Quärenten die Wahrheit verstelle [46]). Das Letzte ist nun freylich wahr genug, und man kann dazu selbst in den Gutachten Deutscher Facultäten Belege finden, so wie auch umgekehrt der leichte Schlummer vieler Commen-

46) Boerius Dec. n. 115. Noodt probab. L. 2. c. 2.

tatoren nicht in Abrede zu stellen ist. Allein denkt man, daß der Urheber der Pandekten solchen Raisonnements zuhörte, so muß man zugeben, daß eine bittre Lection erfolgen würde. Denn wenn kein contrarium existiren, und alles behandelt werden soll, als ob es aus dem eigenen Kopfe des Kaisers gekommen wäre, so ist es eine offenbare Illegalität, wenn der Ausleger ein Fragment als ein unvernünftiges contrarium aus dem Gesetzbuch hinaus interpretirt. Ganz eben dieser Gründe wegen ist es gleichfalls reine Willkühr, wenn bis auf die neuesten Zeiten oft behauptet ist [47]), das Fragment aus der Schrift des jüngern Juristen sey vorzuziehen, eine Idee, wogegen sich auch noch dieß einwenden läßt, daß ja nicht immer ein Satz deswegen der neueste ist, weil er in der neuesten Schrift vorkommt [48]). Zwar hat Schöman behauptet, daß die Worte sed est aliquid novum inventum im §. 15. des erwähnten Publications-Patents auf eine Rangfolge nach der Zeit hindeute, so wie die Aeußerung, daß in den Pandekten nichts Widerstreitendes stehe [49]). Allein verbindet man alle vorhin erwähnten Aeußerungen des Kaisers, namentlich die Worte: occulte positum, und:

47) Eckhard herm. iur. §. 43. Sammet Hermeneutik. S. 45. 46. Glück Handb. des Civ. R. 1. B. §. 67.

48) Konopak Institt. §. 60. not. b. J. Kaufmann Anfangsgr. d. Röm. Priv. R. Wien 1814. 1. Abtheil. §. 11.

49) Handb. 1. B. S. 1—12. Derselbe vom Schadenserf. 2. B. S. 181. 182.

aliam naturam inducit, discordiae fines effugientem, so ist es wohl ganz sonnenklar, daß alle Vorschriften dahin gehen: bemüht euch alles zu vereinigen, denn das könnt ihr, wenn ihr alles fein erwagt; dann werdet ihr stets finden, daß der Widerstreit nur scheinbar, daß das Eine Zusatz, Modification, Erweiterung des Andern ist, und daß am Ende alles vereinigt werden kann! Man ist sogar dabey interessirt, daß unsre Juristen diese Strenge beybehalten. Wie viele Fragmente sind nicht für widerstreitend und sinnlos erklärt, welche nach und nach als harmonisch und vernünftig dargestellt wurden; und wer möchte behaupten, daß sich nichts von dem mehr beseitigen lasse, was unsere Zeitgenossen für unerklärlich halten? Ermüdet also nicht. Die Wissenschaft wird dabey mehr gewinnen, als bey dem leichten Vorziehen der jüngsten Juristen.

Nur in einem einzigen Fall, und auf Eine Weise kann man in den Pandekten eine gewisse Rangordnung der Fragmente annehmen. Bekanntlich werden nämlich in den Pandekten sehr oft die Meynungen andrer Juristen, der Vollständigkeit und Verständlichkeit wegen, mit angeführt, oder verworfen. Hier ist nun die angeführte, aber verworfene Meynung augenscheinlich ein bloß historisches Material, und muß daher in dieser Eigenschaft zurückstehen, weil sie gar nicht als Gesetz publicirt ist; grade wie man auch die Meynungen nicht zu achten braucht, welche in den Decisionen der Codex zwar angeführt, aber mißbilligt sind. Mit

dieser Bemerkung hat man denn auch bisher schon oft Widersprüche zu heben gesucht [50]), wiewohl nicht immer glücklich [51]). Vielleicht läßt sich dadurch auch die alte Streitfrage [52]) entscheiden, ob convalescirte Schenkungen unter Ehegatten nicht bloß durch Einreden geschützt, sondern auch durch Klagen gegen die Erben des Schenkers verfolgt werden können? Daß das Letzte zu bejahen sey, nachdem das simple pactum donationis klagbar gemacht ward, ist falsch, wenn es auch die ungloſſirte Nov. 162. c. 1. unterstützen sollte. Denn die gleich zu erwähnenden Aeußerungen der Classiker gehen auf Stipulationen, und auch bey diesen nahm Papinianus nach der Relation eines andern Juristen an, daß daraus keine Klage entspringe [53]), welches auch offenbar den Worten des, hier zum Grunde liegenden Senatus-Consults [54]) ganz gemäß war. Allein in jener Relation wird nur gesagt: Papinianus putabat, und bald nachher erklärt der Referent selbst

50) Voet comm. L. 28. T. 6. §. 22. Rapolla de iureconsulto p. 103—111. in Griesingers Uebersetzung §. 49. Meine Versuche 1. B. S. 14—18. Savigny v. Besitz. 1. Aufl. S. 314. 315. not. 2. 2. Aufl. S. 369. not. 1.

51) Dahin zähle ich auch die Erörterung bey Glück Erl. d. Pand. 15. B. §. 967. über L. 63. pr. pro socio (17. 2.) L. 16. de re iudic. (42. 1.). Denn die letzte Stelle ist ganz dogmatisch.

52) Mein Pandekt.-Syst. §. 435. not. u.

53) L. 23. de donat. int. V. et U. (24. 1.).

54) L. 32. §. 2. eod.

(Ulpianus), welcher immer der schlafferen Billigkeit zugethan war, daß die Stipulation nach der Oratio convaleſcirt ſey, und daß man dieß behaupten müſſe [55]). Damit verliert denn das hiſtoriſche putabat eben ſo jede Geſetzkraft, als durch das contra erit dicendum in der berühmten L. 11. §. 18. de act. e. v. (19. 1.) alles niedergeſchlagen iſt, was in dem Fragment vorher in Beziehung auf die Meynung des Julianus geſagt war.

4) In den Inſtitutionen weichen natürlich die hiſtoriſchen Einleitungen, als ſolche, den dogmatiſchen Sätzen, weil nur dieſe Geſetz ſeyn ſollten, wie es auch der Kaiſer ſelbſt geſagt hat [56]). Bey einem etwaigen Widerſtreit dieſer dogmatiſchen Theile würde es aber kein Vereinigungsmittel geben, weil alles als auf gleiche Weiſe gültig publicirt iſt. Man kann ſich hiebey auch leicht beruhigen. Denn bis jetzt iſt noch kein wahrer Widerſpruch in den Inſtitutionen entdeckt, wenn ſich auch wohl möchte zeigen laſſen, daß dieß und jenes weiſer und conſequenter darin hätte beſtimmt werden können.

55) L. 33. §. 2. eod. Da alſo der Satz aus der Oratio abgeleitet wird, ſo kann auch nicht bey dieſem Fragment mit Bynkershoek Obs. L. 5. c. 18. angenommen werden, daß die Entſcheidung deſſelben auf der ſingulairen Natur eines annui beruhe.

56) Const. Imperator. maiest. de confirm. Inst. §. 5.

Siebente Abhandlung.

Ueber das Verhältniß besonderer Sätze des älteren Rechts zu neuen Regeln.

Von jeher hat man den Grundsatz vertheidigt, daß im Zweifel eine neue Regel die specialia oder singularia des älteren Rechts nicht aufhebe [1]; aber von jeher mißbrauchte man diesen Grundsatz auf eine fast unglaubliche Art. Daher hat Gönner [2] denselben einer neuen Prüfung unterworfen, und in Einer Hinsicht sehr richtige Bemerkungen darüber gemacht. Allein indem er bloß einen Theil der Mißbräuche aufdeckt, umgeht er die scharfe Bestimmung dessen, was der Grundsatz wahres enthält, läßt ihn bloß unbestimmt

1) I. F. Ludovici an species deroget generi. Hal. 1741. F. T. Seydlitz (praes. A. C. Stockmann) de vi legum priorum in posterioribus. Lips. 1803. cap. 1. §. 2. und die dort in Menge citirten Schriftsteller

2) Jurist. Abh. 1. B. 7. Abh. 2. B. 35. Abh.

gelten, kommt aber nachher in der Anwendung bey einzelnen Lehren, wo nicht besonders von dem Grundsatz die Frage war, unvermerkt dahin, daß ihm fast der ganze Grundsatz verschwindet, und daß er unter die neue Regel das ganze alte Recht in Regel und Ausnahme beugt [3]). Die Auctorität eines solchen Schriftstellers kann hier um so gefährlicher werden, da das Harte und Schneidende der neueren politischen Tendenz auch unsre Civilisten von Tage zu Tage mehr auf dieselbe Richtung geführt hat. Daher mag denn in dieser Abhandlung die Sache noch einmal zur Sprache gebracht werden.

Das Wesentliche jenes Grundsatzes geht dahin: wenn eine ältere Regel durch eine entgegenstehende neue Regel vernichtet wird, der Gesetzgeber aber vorher von der alten Regel Ausnahmen gemacht hatte, so werden diese singularia, oder richtiger diese Besonderheiten, oder Einzelnheiten [4]) des älteren Rechts durch die neue Regel allein nicht vernichtet, fallen also nur dann weg, wenn sie der Gesetzgeber in specie mit aufhebt. In diesem Sinn läßt sich der Grundsatz sowohl aus Vernunftgründen, als durch besondere positive Gesetze rechtfertigen. Die ersten beruhen auf dieser einfachen Bemerkung: Wenn ein Gesetzgeber Ausnahmen

3) Handb. d. Proc. 2. Bd. 33. Abh. §. 11. 4. B. 78. Abh. §. 2. fgg.

4) Denn nicht jede Besonderheit ist ein singulare, sondern nur dann, wenn sie eigentlich uncivilistisch ist. Eine Regel kann auch singulair seyn, und dann sind ihre Ausnahmen nicht singulair.

von Regeln macht, so muß die Ausnahme andere Gründe haben, als die Regel. Man kann über den einen Punkt die Ansicht wechseln, und über den andern beybehalten. Hören also für den Gesetzgeber die Gründe der älteren Regel auf, so ist darin noch nicht enthalten, daß auch in Ansehung der älteren Ausnahmen seine anfängliche Idee geändert sey. Man nehme nur den Fall: ein älteres Gesetz drohet jedem Mörder die Strafe des Schwerdts, dem Vatermörder aber die Strafe des martervollesten Todes. Später werden die Ansichten der Gesetzgebung milder, und es erfolgt eine Verordnung, welche allgemein für den Mord lebenslängliche Zuchthausstrafe festsetzt. Hier bleibt es, ungeachtet der neuen Regel, wenn sie nicht nebenbey die ältere Besonderheit speciell aufhebt, bey der früheren Strafe des Vatermordes. Denn wenn man auch über den Mord im Allgemeinen gelinder zu denken anfängt, so kann man doch nach wie vor den Vatermord als etwas Ungeheures betrachten, und den alten Haß gegen denselben beybehalten. Die Aenderung der allgemeinen Ansicht deutet also keinesweges auf Aenderung der besondern; und eine Aufhebung der Einzelnheiten durch die Regel läßt sich im Zweifel auch deswegen nicht annehmen, weil alle correctorischen Vorschriften strict auszulegen sind.

Für diese Ideen haben wir denn auch positive Gesetze; doch kann freylich nicht alles als Beweis gelten, was man bisher zu diesem Zweck angeführt hat. Zuerst nicht eine

weitläuftige Constitution des Codex [5]), worin nichts weiter liegt, als daß man alte Begünstigungen nicht durch neue verliert, wo also gar nicht von einem auch nur scheinbaren Widerstreit des Alten und Neuen, oder einem Verbinden der Regel mit der Ausnahme die Sprache ist, sondern bloß unbestimmt davon, daß man mehrfach berechtigt seyn kann. Eben so wenig gehört für unsre Erörterung im Allgemeinen die in der Note [6]) angezogene Decretale. Denn sie handelt nur von dem ganz eignen Fall eines, dem Gesetzgeber unbekannt gebliebenen besonderen erworbenen Rechtes, und läßt sich insofern nicht für die Frage benutzen, wie es werden soll, wenn der Gesetzgeber selbst die Ausnahmen machte, ihnen aber nachher neue Regeln folgen läßt. Auf gleiche Art ist es nicht zu billigen, wenn bisher zur Unterstützung unsers Grundsatzes L. 26. 27. 28. de legib. (1. 3.) häufig benutzt wurden, wo dieß gesagt ist:

Non est novum, ut priores leges ad posteriores trahantur. — Ideo, quia anteriores leges ad

5) L. 3. C. de silentar. et decurion. (12. 16.).

6) cap. 1. de constit. in 6. (1. 2.): Licet Romanus Pontifex, qui iura omnia in scrinio pectoris sui censetur habere, constitutionem condendo posteriorem, priorem, quamvis de ipsa mentionem non faciat, revocare noscatur: quia tamen locorum specialium et personarum singularium consuetudines et statuta, quum sint facti et in facto consistant, potest probabiliter ignorare; ipsis, dum tamen sint rationabilia, per constitutionem noviter a se editam, nisi expresse caveatur in ipsa, non intelligitur in aliquo derogare.

posteriores trahi usitatum est: et semper quasi hoc legibus inesse credi oportet, ut ad eas quoque personas, et ad eas res pertinerent, quae quandoque similes erunt. — Sed et posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrariae sint; idque multis argumentis probatur.

Erinnert man sich daran, daß das Wort trahi auch bey andern ähnlichen Gelegenheiten immer in dem Sinn genommen wird, in dem wir unser: auf etwas beziehen, oder auf etwas erstrecken, gebrauchen [7]), und übersieht man daneben die Worte: legibus inesse nicht; so ist es ganz klar, daß durch jene Fragmente nichts ausgesprochen ist, als der Grundsatz, daß man eine alte Rechtsregel auf alles anwenden soll, was als neue species unter dieselbe tritt [8]). Ein, freylich bestrittenes Beyspiel [9]) gibt die Lehre von den Strafen der Scheidung, welche das Römische Recht in einer Regel jedem drohet, durch dessen Schuld die Ehe getrennt ward. Diese Regel konnte zu Justinians Zeiten nur auf die Fälle angewandt werden, wo ein von ihm gesetzlich gebilligter Scheidungsgrund eintrat. Unser Recht hat nun aber zum Theil die Scheidungsgründe erweitert, wie z. B. die Protestanten die bösliche Verlassung unbedingt für beyde Theile als Scheidungsgrund gelten lassen, welches nach

7) L. 1. de const. princ. (1. 4.) L. 3. §. 3. de donat. int. V. et U. (24. 1.) L. 30. §. 2. de fideic. libert. (40. 5.)

8) Seydlitz l. c. cap. 2.

9) Mein Pandekt-Syst. §. 469.

Römischem Recht nur zum Theil anzunehmen ist [10]). Hier muß man nun jene Strafen auch unbedingt auf die bösliche Verlassung anwenden, weil die neue species durch die alte Regel getroffen wird; etwa wie unsre den Römern unbekannten Verträge dennoch nach den allgemeinen Grundsätzen des Römischen Rechts über Verträge im Allgemeinen zu beurtheilen sind. Entscheidend dagegen für unsern Grundsatz ist folgender Ausspruch von Papinianus in L. 80. de R. I. (50. 17.)

> In toto iure generi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur, quod ad speciem directum est.

Diese Regel ist unter einer allgemeinen Rubrik ganz absolut aufgestellt, und geht insofern auf alle Fälle, mithin nicht bloß auf die Fälle, wenn die Ausnahmen jünger sind, als die Regel, oder gleichzeitig mit derselben, sondern auch auf den Fall, wenn dem Besondern die Regel folgt. Auch kann noch zu demselben Zweck L. 41. de poenis (48. 29.) benutzt werden, wo derselbe Jurist sagt:

> Sanctio legum, quae novissime certam poenam irrogat iis, qui praeceptis legum non obtemperaverint, ad eas species pertinere non videtur, quibus ipsa lege poena specialiter addita

10) Mein Pand. Syst. §. 423.

est; nec ambigitur, in cetero omni iure speciem generi derogare; nec sane verisimile est, delictum unum eadem lege variis aestimationibus coerceri.'

Freylich ist die neuerlich gemachte Bemerkung [11]) ganz richtig, daß dieß Fragment nur von dem Fall rede, wenn in demselben Gesetz etwas Besonderes und Allgemeines vorkommt. Allein als argumentum legis kann das Fragment sehr wohl für unsern Grundsatz benutzt werden. Denn der Jurist stützt sich auf zwey Entscheidungsgründe, von denen nur der letzte aus dem Gleichzeitigen entlehnt, der erste aber ganz allgemein ist, und darauf beruht, daß immer das genus durch die species beschränkt werde. Auch die Handlungsweise der Classiker zeigt, daß sie ältere Besonderheiten nie neuen Regeln weichen ließen. So änderten sich z. B. die Testamentsformen unter den Kaisern mehrfach im Allgemeinen; und doch fiel keinem Classiker ein, die neuen Regeln auf das militairische Testament auszudehnen.

Bis hieher habe ich nur den Hauptgedanken angedeutet, wobey es aber nicht bleiben kann, weil man hier nur zu oft das Gute mißbrauchte, und dieser Mißbrauch leicht zu einer Verwerfung des Wahren verführen könnte, wie denn überhaupt gewöhnlich ein Extrem zu dem andern leitet. Folgende Sätze werden, wie ich hoffe, das Böse genau von dem Guten scheiden.

11) Seydlitz l.c. cap. 1. §. 2.

I) Kein Gesetz kann im Zweifel auf etwas Andres angewandt werden, als worauf es gerichtet war. Macht es also nur in Beziehung auf die Eine Seite eines Gegenstandes neue Vorschriften, so muß es im Uebrigen bey dem älteren Recht bleiben. Das gilt von besonderen, wie von allgemeinen Vorschriften, und steht insofern nicht mit der Regel in Verbindung, welche den Gegenstand dieser Abhandlung ausmacht, obgleich es wohl in diesem oder jenem Kopf mit ihr zusammengeflossen ist. Ein Beyspiel gibt die Nov. 118. Diese bestimmt nur die Erbfolge-Ordnung der Verwandten. Die Fragen: wer Verwandter sey, oder nicht, und wie ein Blutsfreund seiner Unwürdigkeit wegen die Erbfähigkeit verlieren könne? darauf hat sich die Novelle gar nicht eingelassen. Falsch ist es also, wenn man [12]) behauptet hat, der Satz des älteren Rechts, daß ein nach dem Tode des Erblassers empfangenes Kind nicht als Blutsfreund gelte [13]), sey durch die Novelle aufgehoben; oder wenn Höpfner [14]) annimmt, daß die, in Nov. 22. c. 47. pr. unwürdigen Brüdern gedrohten Strafen der Ausschließung mit Nov. 118. aufhörten.

II) Wenn eine neue Regel erfolgt, so kann das ältere Recht keine entgegenstehende Regel mit Ausnahmen haben,

12) Voet Comm. L. 38. T. 17. §. 6.

13) §. 8. I. de her. quae ab intest. (3. 1.) L. 30. §. 1. de acquir. her. (29. 2.) L. 6. 7. de suis (38. 16.).

14) Comment. §. 477.

sondern ein entgegenstehendes Allerley, eine Menge coordinirter Specialitäten, welche eben deswegen, weil die eine von ihnen so gut, wie die andre, mit der neuen Regel im Widerspruch ist, und weil die letzte sich gar nicht realisiren ließe, wenn man nicht das ganze Mannigfaltige des ältern Rechts durch sie niederschlüge, sammt und sonders mit der neuen Regel fallen müssen. Denn erhielte man in solchen Fällen das eine speciale, so könnten alle übrigen specialia mit demselben Recht auf diese Erhaltung Anspruch machen, und damit würde die neue Regel eine unbedingte Leerheit, also eine Ungereimtheit, welche der Gesetzgeber nicht beabsichtigt haben kann. Die Nov. 118. liefert hiezu ein treffendes, sehr wichtiges Beyspiel. Im Anfange derselben erklärt der Kaiser bestimmt, er wolle dadurch die ganze Lehre von der Erbfolge der Blutsfreunde umfassen, prioribus legibus pro hac caussa positis vacantibus, de cetero ea sola servari, quae nunc constituimus. Dennoch haben die Ausleger, wie bekannt, häufig vieles, was irgend im älteren Successions-System als singulair erscheint, wieder mit in die Novelle hineingezogen, weil diese, als bloße neuere Regel, die specialia des älteren Rechts nicht aufhebe, z. B. den Vorrang der natürlichen Mutter vor dem Adoptiv-Vater, und des letzten vor dem natürlichen; das praecipuum der fratrum uterinorum in Betreff mütterlicher Güter; die theilweise Ausschließung des in der Adoption gehaltenen Kindes bey der

Erbschaft seines natürlichen Vaters u. s. w — Allein mit Recht ist oft dagegen protestirt. Denn wenn auch das alte Civil-Recht eine Hauptregel hatte, so war diese am Ende doch vor Nov. 118. durch eine unendliche Menge einzelner Gesetze so von allen Seiten untergraben, die Cognaten waren so oft dem Agnaten gleichgestellt, ja sogar so häufig den Agnaten vorgezogen, daß nichts mehr als Regel und Ausnahme erscheint, vielmehr das Ganze ein Aggregat mannigfaltiger Einzelnheiten ist, welche eben deswegen sämmtlich mit Nov. 118. fallen. Man behalte nur einmal mit Consequenz alles neben der Nov. 118. bey, was nicht aus dem ursprünglichen Hauptsatz der 12 Tafeln folgt. Die Verwirrung wird dann unermeßlich werden, und von der Nov. 118. fast nichts übrig bleiben. Daß der Kaiser dieß nicht gewollt habe, wird kein Vernünftiger bezweifeln.

III) Regeln werden zum Zweck der Anwendung aufgestellt, mithin ist alles Besondere, worauf die Prädicate der Regel passen, im Grunde in der Regel enthalten. Dieß haben von jeher alle Logiker gelehrt, und es ist auch gesetzlich entschieden, indem Caius in L. 147. de R. I. (50. 17.) sagt: Semper specialia generalibus insunt [15]). Erfolgt nun eine neue entgegenstehende Regel, so müssen aus jenem Grunde alle bloßen Folgesätze der älteren Regel

15) Das ist wohl der offenbare Sinn dieser Stelle. Doch glaubt Gönner jur. Abh. 1. B. 7 Abh. §. 5. sie gehe auf das, wovon L. 80. eod. redet, und so sey hier ein Widerstreit der Gesetze.

mit dieser fallen. Denn behält man die alten Folgesätze, so behält man im Grunde die alte Regel, und der gröbste Unsinn ist unvermeidlich. Dennoch haben unsre Ausleger in dieser Beziehung wirklich ungeheure Sünden begangen; die, neben eine Regel als coordinirt gestellten Ausnahmen mit ihren Folgesätzen vermengt; und so häufig mit der neuen Regel die Folgesätze der alten aufgehobenen Regel verbunden, woraus dann Resultate entstanden, welche man, je nachdem man gelaunt ist, unbeschreiblich lächerlich oder trostlos nennen kann. Mehrere solcher Mißgriffe hat schon Gönner [16]) aufgezählt. Der ärgste aber ist in der Lehre von der Adoption vorgekommen. Vor Justinians neuer Vorschrift in L. 10. C. de adopt. (8. 48.) bekamen nämlich die Männer durch Adoption immer die väterliche Gewalt mit ihren Folgen, konnten also dem Kinde befehlen, erwarben durch dessen Handlungen, waren unfähig mit dem Kinde Rechtsgeschäfte einzugehen u. s. w. In L. 10. C. cit. erfolgte aber die neue Regel, daß die Adoption eines Nicht-Descendenten dem Adoptirenden nicht mehr die väterliche Gewalt ertheilen solle. Damit hören nun offenbar auch ihre Folgen für den Adoptirenden auf. Dennoch hat es Juristen gegeben, welche dem Adoptirenden die einzelnen, von den Classikern aufgezählten Folgen der väterlichen Gewalt einräumten, weil über diese einzelnen Punkte in L. 10. C. cit.

16) juris. Abh. 1. B. 7. Abh. 2. B. 35. Abh.

nichts besonders vorkomme [17]). Aehnliche Dinge kann man bey vielen Auslegern fast in jeder Lehre finden [18]).

Indeß ist doch, wenn man auch Einzelnheiten, als Ausnahmen einer Regel, von den Folgesätzen der Regel gehörig zu unterscheiden weiß, noch Eine besondere Bemerkung nicht außer Acht zu lassen. Der Gesetzgeber kann nämlich dasjenige, was er im älteren Recht als Regel aufstellte, auch insbesondere für einen einzelnen Fall verordnen, aber hier noch aus besonderen Gründen. Fällt nun auch die Regel nachher weg, so ist damit noch nicht gesagt, daß die besondere Entscheidung gleichfalls wegfallen müsse, sobald es möglich, oder wahrscheinlich ist, daß bey ihr noch eigenthümliche Gründe eintraten, welche bey veränderten Ansichten über die Regel fortdauren. Ein sehr gutes Beyspiel gibt die Streitfrage, ob die Eltern in dem privilegirten Testament unter Kindern den Namen der Kinder eigenhändig schreiben müssen? In L. 29. C. de testam. (6. 23.) hatte Justinianus allgemein verordnet, daß der Testator den Namen des Erben mit eigner Hand schreiben solle. In Nov. 107. c. 1. ward dieß auch in Beziehung auf das privilegirte Testament der Eltern unter Kindern vorgeschrieben. Allein in Nov. 119. c. 9. ward die L. 29. C. cit. wieder aufgehoben. Damit fällt nun nach der richtigeren Meynung die

17) S. die in Meinem Pand. Syst. §. 491. not. o. angeführten Schriften.

18) vergl. z. B. Mein Pand. Syst. §. 631, not. u. §. 664. not. u.

zweyte Vorschrift nicht. Denn bey gemeinen Testamenten liegt eine volle Beglaubigung in der großen Zahl der Zeugen, und da kann man das eigne Schreiben des Namens des Erben überflüssig nennen; keineswegs aber bey jenem privilegirten Testament, dessen ganze Glaubwürdigkeit bloß in den Schriftzügen des Erblassers liegt.

IV) Ein neues Gesetz kann, indem es eine Regel aufstellt, bloß die Regel des älteren Rechts wiederholen, wie wir im Kanonischen Recht, und in den Deutschen Reichsgesetzen unendlich oft den Fall finden, daß sie Römische Rechtssätze abermals aussprechen. In einem solchen Fall nun kann man, eben weil Correcturen im Zweifel nicht anzunehmen sind, aus der Wiederholung der alten Regel nicht ableiten, daß der Gesetzgeber damit die Einzelnheiten des älteren Rechts vernichtet habe. Zur Erläuterung nehme man diesen wichtigen Fall. Bey den Römern stand der Tutor den Gütern und der Person des Pupillen vor, und daher konnte sich der letzte ohne seinen Tutor nie verpflichten. Der, unter Curatoren stehende pubes minor dagegen ward nach dem Grundsatz beurtheilt: curator rebus tantum datur. Für seine Person war er also unbeschränkt, und daraus leiten denn die Classiker ab, daß er einseitig sich verloben, und seine Dienste versprechen kann. Allein obgleich der Curande in Ansehung seiner Sachen im Ganzen dem Pupillen gleichgestellt war, so war dieß doch (gewiß seines gereifteren Verstandes wegen) in einiger Hinsicht beschränkt, indem z. B.

der Curande wegen einzelner Angelegenheiten von seinem Curator Rechenschaft fordern, und ein Testament errichten konnte. Nun aber verordnete ein Reichsgesetz allgemein: jeder Vormund soll seinen Pflegkindern und ihren Gütern getreulich und ehrlich vor seyn, ihre Personen und Güter versehen und verwahren. Daraus folgt nun offenbar auf der einen Seite, daß alles, was die Römischen Classiker aus der persönlichen Ungebundenheit ihres Curanden folgerten, jetzt wegfallen muß, indem ja das Reichsgesetz in dieser Hinsicht den umgekehrten Grundsatz annimmt. Auf der andern Seite aber läßt sich nicht behaupten, daß die Römischen Beschränkungen des Grundsatzes: curator rebus datur jetzt aufhören. Denn in Beziehung auf die Sachen des Curanden ist die Vorschrift jenes Reichsgesetzes nur unbestimmte Wiederholung der Römischen Regel, und also müssen die Römischen Beschränkungen fortdauren, zumal da sie auf Gründen beruhen, welche noch jetzt eintreten, nämlich auf den Graden der geistigen Ausbildung. Unsre Juristen haben sich indeß über dieß alles nie vereinigen können [19]).

V) Der eigentliche Fall, wo unser Grundsatz seine wahre Anwendung findet, tritt also nur dann ein, wenn das ältere Recht eine Regel mit Ausnahmen hat, und nun ein neues Gesetz erfolgt, welches das Gegentheil jener Re-

19) Mein Pand. Syst. §. 516.

gel, positiv oder negativ, sanctionirt. Hier fällt nun, wie gesagt, im Zweifel bloß die ältere Regel, aber nicht dasjenige, was als Besonderheit coordinirt neben ihr stand. Zur Erläuterung können folgende sehr interessante Beyspiele dienen.

In L. 26. C. de usur. (4. 32.) ward der Maaßstab der vertragsmäßigen, und der Verzugszinsen im Ganzen auf 6 pct. gesetzt, doch gestattete zugleich dieß Gesetz, nebst andern, für einige Fälle 8. und 12. pct. [20]). Unsre Praxis hat nun fast überall angenommen, daß durch die Deutschen Reichsgesetze der gemeine Maaßstab der Zinsen auf 5 pct. gesetzt sey. Dieß, der Praxis wegen, als wahr angenommen (denn wahr ist es gewiß nicht), so entsteht nun die höchst bestrittene Frage: ob nicht ausnahmsweise auch noch jetzt 8. und 12. pct. erlaubt sind, wo sie das Justinianeische Recht ausnahmsweise gestattet [21])? Sieht man nicht mit auf das Kanonische Recht, so muß jene Frage durchaus bejahet werden. Denn das Höchste, was man zugeben kann, ist, daß die Reichsgesetze über 5 pct. eine Regel enthalten womit denn insofern die Römische Regel über 6 pct. wegfällt. Allein die Reichsgesetze enthalten auch nicht die entfernteste Andeutung, daß sie das Römische Recht in Regel und Ausnahmen vernichten

20) L. 2. 3. C. de usus. rei iudic. (7. 51.) L. 4. C. de aedific. priv. (8. 10.).

21) Mein Pand. System. §. 282.

wollen; mithin muß es unsres Grundsatzes wegen nach wie vor bey diesen Ausnahmen bleiben. Ich billige dieses Raisonnement aber nur insofern, als man glaubt, übersehen zu können, was nicht übersehen werden darf. Die wahre Lage der Sache ist hier vielmehr diese. Das Kanonische Recht hielt alle Zinsen für sündlich, und so jede Klage auf Zinsen für schlechthin unzulässig. Damit war bis auf den kleinsten Theil alles cassirt, was das Römische Recht über zulässige Zinsforderungen, in Regel und Ausnahme, enthält. Die alte Deutsche Praxis hielt sich auch treu an dieses geistliche System. Der weltlichen Nothwendigkeit wegen gestatteten indeß spätere Reichsgesetze da und dort Zinsforderungen, und die Praxis zog diese, theils vorübergehenden, theils beschränkten Verordnungen so in Breite, daß eine Regel daraus entstand. Nimmt man aber auch an, diese Regel stehe wirklich in den Reichsgesetzen, so muß man doch nun so sagen: ein ganz vernichtetes Recht lebt dadurch nicht ganz wieder auf, weil ein neues Gesetz Theile desselben wieder hervorruft, wie z. B. Niemand behaupten wird, ein Staat, welcher alle Zünfte mit ihrer ganzen Verfassung cassirte, stelle die ganze alte Verfassung wieder her, wenn er nachher unbestimmt gewisse Zünfte wieder einführt. Ist nun aber für die Lehre von den Zinsen das Römische Recht durch das Kanonische, und selbst durch die alte Reichspraxis ganz und gar vernichtet, so müssen auch die neueren Vorschriften der Reichsgesetze

als das einzige, für die Lehre von den Zinsen geltende Gesetz behandelt werden.

Ein ferneres, sehr wichtiges Beyspiel gibt die Lehre von dem Vorzugsrecht der öffentlichen Pfänder. Vor Leo war es bekanntlich Grundregel, daß das ältere Pfandrecht dem jüngeren vorgehe, doch war diese Regel modificirt, und galt insbesondre nicht, wenn privilegirte Pfänder mit nichtprivilegirten in Collision kamen. Nun aber verordnete Leo in L 11. C. qui pot. in pign. (8 18) allgemein, der öffentliche Pfandgläubiger solle dem Privat-Pfandgläubiger vorgehen, etiamsi posterior is contineatur. Hier entsteht nun die höchst streitige Frage [22]), wie diese Constitution auf das Verhältniß aller Arten der Pfänder wirkt? Gewöhnlich redet man von der Eintheilung in öffentliche und Privat-Pfänder erst bey der Collision der simpeln Pfänder, womit denn angedeutet ist, daß die privilegirten Pfänder wegen ihrer Privat-Bestellung nicht zurückstehen; während auf der andern Seite manche Juristen den publicus simplex allen privatis privilegiatis vorgehen lassen. Ein noch dabey Statt findender Nebenstreit über die Frage, ob die Eintheilung in pignora publica und privata bloß auf schriftliche Conventional-Pfänder gehe? kann hier unerörtert bleiben, da er nicht eigentlich die Frage trifft, welche jetzt zu erörtern ist, nämlich in wiefern

22) Das. §. 659.

die Verordnung von Leo auch die Besonderheiten des älteren Rechts mit aufhebt?

In Ansehung dieser Frage halte ich nun dafür, daß folgende Grundsätze die richtigen sind.

1) Wenn die Pfandgläubiger eines Gemeinschuldners auf ihre Pfänder wiederum Pfandrechte legen, z. B. indem sie während des Concurses auf die Masse hypothecarische Schulden contrahiren, so kann den neuen creditoribus creditorum (auch wohl Separatisten genannt) von jenen Gläubigern des Gemeinschuldners selbst, wenn diese pignora publica haben, niemals eingewandt werden, daß ihnen nur ein pignus privatum zustehe. Denn der Schuldner muß ja bezahlen, auch wenn der Gläubiger nur eine persönliche Forderung hat, und wenn die Gläubiger des Gemeinschuldners durch pignora publica in die Lage gesetzt wurden, recht viel aus der Concurs-Masse herauszuziehen, so ist dieß vielmehr ein Vortheil des creditoris creditorum. Wer etwas schuldig wird, der muß zahlen, und er kann die Zahlung nie aus dem Grunde verweigern, daß er sein Vermögen auf eine besonders privilegirte Art erworben habe.

2) Leo's Verordnung setzt allgemein den spätern publicus dem älteren privato vor; aber weiter ändert sie auch nichts. Sie geht also nur gegen die frühere Regel, daß der jüngere Gläubiger dem älteren nachstehe, nicht aber gegen die Fälle eines singulairen Vorranges. Hieraus bilden sich nun folgende Grundsätze:

A) Wo vor Leo allein das Alter entscheidend war, da wird nun die öffentliche, im Gegensatz der Privat-Bestellung entscheidend. Vor Leo galt aber die Classification nach dem Alter nicht bloß in der Collision simpler Pfänder, sondern auch bey dem Zusammentreffen gleich-privilegirter Pfandgläubiger, z. B. wenn mehrere Anleiher zur Wiederherstellung eines Gebäudes, zur Erhaltung einer Sache, oder zur Anschaffung einer Immobilie mit einander in Collision kamen. Wenn also jetzt auch privilegirte Pfänder mit einander collidiren, von denen, bey gleicher Art der Pfandbestellung, das jüngere dem älteren hätte nachstehen müssen, so gibt nun die öffentliche gegen die Privat-Bestellung den Ausschlag.

B) Wo dagegen der Vorrang, oder das Zurückstehen eines Pfandes auf besondern Gründen beruht, da bleibt es dabey, auch wenn der vorgehende Pfandgläubiger ein privatus, der nachstehende ein publicus seyn sollte. Es geht also

a) ein pignoratitius simplex publicus niemals einem privilegiato privato vor.

b) Eben so steht ein absolute privilegiatus (d. h. ein solcher, welcher ohne Rücksicht auf das Alter noch wieder vor andern privilegiatis privilegirt ist) niemals einem simpliciter privilegiato nach, auch wenn jener nur privatus, dieser aber publicus ist.

c) Auch wenn man annehmen will, daß pignora testamentaria, sofern sie in einem gerichtlichen, oder in einem feyerlichen Privat-Testament gegeben wurden, vermöge einer Ausdehnung der Leonischen Verordnung als publica und quasi publica gelten können: so muß man sie doch allen, und selbst den schlechtesten Privat-Pfandrechten, welche der Erblasser bey seinem Leben ertheilte, nachsetzen. Denn ihr Pfand ist nur ein Legat, und der Legatar muß allen Gläubigern des Erblassers, selbst dessen bloß persönlichen Gläubigern nachstehen. Seine Zurücksetzung beruht also auf ganz besondern Gründen, und dieses Besondere wird durch Leo's Verordnung nicht getroffen.

VI) Unser Grundsatz, daß das Besondere durch die neue Regel nicht aufgehoben wird, gilt natürlich aber nur für den zweifelhaften Fall. Sagt also der Gesetzgeber bestimmt, wenn auch nur allgemein, daß die neue Regel die älteren Besonderheiten gleichfalls ergreifen solle, so versteht es sich von selbst, daß sie alles verschlingt. Ein solches Gebot darf man aber nicht darin finden, wenn die neue Regel bloß absolut lautet, z. B. es solle in allen Fällen so gehalten werden. Denn eine unbestimmte Regel vernichtet die älteren Besonderheiten nicht, und das Unbestimmte gilt als absolut, folglich kann auch im Zweifel das Absolute nicht mehr wirken, als das Unbestimmte [23]). Es

23) L. 23. de S. P. U. (8. 2.) L. 43. pr. de leg. 2. (31). L. 5. 6. de testam. tut. (26. 2.)

lassen sich dafür auch noch diese besondern Beweise beybringen. In L. ult. C. de pact. pignor. (S. 35.) ist mit höchster Unbedingtheit von der Lex commissoria gesagt: placet infirmari eam, et omnem eius memoriam aboleri. Dennoch wird sie in demselben Codex in Einem Fall erlaubt [24], welches denn mit jener Regel zu combiniren ist [25]. Eben so ist in L. 26. §. 1. C. de usur. (4. 32.) vorgeschrieben, man dürfe sich in der Regel nur 6 pct. Zinsen bedingen, et eam quantitatem usurarum etiam in *aliis omnibus* casibus *nullo modo* ampliari, in quibus citra stipulationem exigi usurae solent. Dennoch ist daneben, also zum Zweck der Vereinigung, an mehreren Orten im Codex das Maaß der Verzugszinsen für einzelne Fälle auf 12 pct. gesetzt [26]. Darin liegt also die Erklärung, daß Beschränkungen sehr wohl mit dem Absoluten bestehen können; und bey den Constitutionen ist dieses Princip auch um so natürlicher, da die Kaiser, besonders die späteren, gewöhnlich mit großem Schwulst redeten, und Allem den Anstrich des Großen und Umfassenden gaben.

Ob übrigens der Gesetzgeber namentlich alle Besonderheiten des älteren Rechts einzeln aufzählt, und einzeln vernichtet, oder allgemein sagt, es sollten alle Besonderheiten

24) L. 13. C. de pignor. (S. 14.).

25) Zufolge der vorhergehenden Abhandlung.

26) S. oben not. 20.

des älteren Rechts vernichtet seyn, darauf kann kein Unterschied gegründet werden, weil ein solches generale so gut ist, wie das specielle Aufzählen. Eben so versteht es sich von selbst, daß eine solche allgemeine Vernichtung aller Besonderheiten auch tacite und implicite geschehen kann. Nach dem Grundsatz: exceptio firmat regulam contrariam, oder exceptio firmat regulam in casibus non exceptis [27]) wird man dahin auch den Fall zählen müssen, wenn der Gesetzgeber, indem er eine neue Regel aufstellt, zugleich erklärt, daß von den mehreren älteren Besonderheiten nur eine einzige fortgelten solle. Daher fallen denn nach der richtigeren Meynung [28]) durch L. 23. C. de Scto Velleiano (4. 29) bey einer weiblichen Intercession ohne öffentliches Instrument, und nach Nov. 134. c. 8. bey einer Intercession für den Ehemann in der Regel alle Ausnahmen weg, welche vor diesen Gesetzen gegen das Setum Vellcianum zugelassen waren. Zwar ist eingewandt [29]), der Satz: exceptio firmat regulam contrariam sey hier von Justinianus verworfen, indem er in Nov. 134. c. 8. bey Zulassung einer einzigen Ausnahme

27) L. 22. de leg. (1. 3.) L. 1. pr. de offic. eius cui mand. (1. 21.) L. 18. de testib. (22. 6.) L. 26. §. 2. de pact. dotal. (23. 4.).

28) Des Streites ist hier freylich sehr viel. Mein Pand. Syst. §. 948.

29) von I. H. Boehmer de efficaci mulierum intercess. (Exerc. T. 3.) cap. 3. §. 6.

eine andre namentlich verbiete, welches unnöthig gewesen wäre, wenn er die Idee gehabt hätte, daß in der Zulassung einer einzigen Ausnahme die Verwerfung aller andern liege. Allein der Kaiser nannte wohl gewiß die eine ältere Ausnahme (das wiederholte Genehmigen) deswegen, weil es dabey am mehrsten für sich hatte, von dem Gesetz abzuweichen. Erklärte er nun, daß auch nicht einmal in diesem Fall das alte besondere Recht fortbestehen solle, so war damit vielmehr aufs Neue angedeutet, daß es in der Absicht des Kaisers liege, nach Abrechnung des einen, von ihm genannten Falles, auch nicht eine einzige der älteren Ausnahmen beyzubehalten.

Achte Abhandlung.

Ueber die Aedilen und das ädilitische Edict.

Kein Theil der Römischen Rechtsgeschichte ist solchen Schwierigkeiten unterworfen, als die Geschichte der Römischen Magistraturen, besonders derer, welche in der früheren Periode entstanden, in die spätere hinübergingen, und hier allmählig verschwanden. Gewöhnlich fällt der Anfang dieser Magistraturen in eine Zeit, worüber spätere Geschichtschreiber nichts Genaues wissen konnten [1]), wo also das beliebte Hineinträumen des Späteren in das Frühere, wenn durchaus etwas Bestimmtes gesagt werden sollte, ganz unvermeidlich war. Mehrentheils war der Umfang der Magistraturen Anfangs unbedeutend und unbestimmt, aber die Gewalt der Magistrate bildete sich allmählig im Stillen weiter fort, ohne daß dieses Unvermerkte scharfe Spuren hinterließ. So ist man also gewöhnlich durch einen Sprung von einem

1) Livius L. 6. c. 1.

kleinen Anfang zu einer großen Vollendung geführt; aber was in der Mitte liegt, darüber schweigen alle Classiker [2]). Selten haben sich auch die Classiker bemüht, den Umfang und die Verhältnisse der Magistraturen genau zu bezeichnen. Denn nichts ist aus der lebendigen Erfahrung so bekannt, als die Beschaffenheit der Staatsämter, welche im Gange sind, und nur zu leicht übergeht der Geschichtschreiber alles, worüber er nebst seinen Zeitgenossen keines Unterrichts bedarf. Daher ist denn auch in den zahllosen Gesetzen des Codex Theodosianus und Justinianeus, wo von den einzelnen Staatsbeamten und ihren Pflichten die Rede ist, nicht ein einziges Mal der Umfang dieser Pflichten genau bestimmt; und selbst bey Lydus [3]) findet man fast nichts von einer solchen Beschreibung. Ueber das Erlöschen der alt republikanischen Aemter unter den Kaisern ist auch ein dichter Nebel verbreitet. Daß die neuen Staats- und Hofämter nach und nach weiter um sich griffen, erst concurrirend und oberaufsehend, dann abreißend und alleinverrichtend, sieht man wohl im Allgemeinen; aber es gibt keine einzige neue Magistratur, deren

2) z. B. Livius L. 4. c. 8.: Idem hic annus censurae initium fuit, rei a parva origine ortae, quae deinde tanto incremento aucta est, ut morum disciplinaeque Romanae penes eam regimen, senatus equitumque centuriae, decoris dedecorisque discrimen sub ditione eius magistratus essent.

3) I. L. Lydus de magistratt. reipubl. Romanae libri tres. Ed. Fuss. Paris. 1812.

allmählige Ausbildung, und keine einzige alt-republikanische, deren allmähliges Absterben sich mit voller Bestimmtheit angeben läßt. Zwar ist bey unsern Geschichtschreibern oft in Beziehung auf die Magistraturen von gewissen scharfen Perioden die Rede, z. B. von Hadrians und Constantins großen Aenderungen. Allein daß diese Periodisirungen großentheils zu den Träumereyen gehören, deren es im Fach der Geschichte so viele gibt, weiß Jeder, welcher nur als wahr annimmt, was durch historische Zeugnisse belegt werden kann.

Alles vorhin Gesagte gilt nun auch von der Geschichte der Aedilen. In Ansehung der Entstehung dieser Magistratur haben wir wenig bestimmte, mit einander übereinstimmende Zeugnisse. Gellius [4]) äußert sich bloß über den Anfang derselben. Indem er nämlich von dem Jahre 260 redet, fügt er hinzu: istis ferme temporibus tribunos et aediles per seditionem sibi plebs creavit. Die ferneren Aeußerungen von Varro [5]): Aedilis dictus, qui aedes sacras et privatas procuraret, und von Festus s. v. Aedilis: aedilis initio dictus est magistratus, qui aedium non tantum sacrarum, sed etiam privatarum curam gerebat, erklären nur das Wort, und lassen uns bloß so viel schließen, daß die Aedilen Anfangs mit für das Bauwesen, oder ausschließlich

4) Noct. Attic. L. 17. c. 21. 5) de lingua lat. L. 4. c. 14.

dafür angestellt waren. Eben darauf geht auch zum Theil folgende Erzählung von Pomponius [6]: plebs -- tribunos sibi in monte sacra creavit. Itemque ut essent, qui aedibus praecessent, in quibus omnia scita plebs deferebat, duos ex plebe constituerunt, qui etiam aediles appellati sunt. Viel weitumfassender war dagegen schon gleich Anfangs die Gewalt der plebejischen Aedilen nach dem Zeugniß des allwissendsten Römischen Geschichtschreibers [7], welcher dieß erzählt: petierunt plebeii) praeterea a senatu, ut sibi permitteret, ut duo de plebe quotannis crearent, qui tribunis ministrarent ea omnia, quibus indigerent, et de caussis, quae eorum arbitrio permissae essent, iudicarent, et sacrarum aedium, et publicorum locorum et annonae curam gererent. Hac quoque re a senatu impetrata, crearunt quosdam, quos ministros tribunorum plebis, et collegas, et iudices appellabant. Nunc tamen patrio Romanorum sermone ab uno officio, quo funguntur, vocantur sacrarum aedium curatores, et potestatem alterius magistratus ministram, ut antea, habent. Multae autem et magni momenti res illis committuntur, et quodammodo plurimis in rebus similes sunt iis,

6) L. 2. §. 21. de orig. iur. (1. 2.).

7) Dionys. Halicarn. ant. L. 6. c. 90. nach der Uebersetzung von Reiske.

qui apud Graecos ἀγορανόμοι vocantur. Ziemlich übereinstimmend hiemit ist folgende Angabe von Zonaras [8]: Ac tribunorum potestas hunc ortum habuit; quibus duo aediles sunt adiuncti, quorum ministeriis ad literas uterentur. Qui quum omnia decreta, omnia plebiscita et senatusconsulta acciperent atque asservarent, nihil eos eorum omnium, quae agebantur, latebat. Olim igitur his de causis, dicundique iuris ergo creabantur. Post autem cum alia, tum rerum venalium forum iis, commissum; unde a Graecis agoranomi appellantur. Von Besorgung der öffentlichen Spiele ist in allen diesen Aeußerungen nicht die Rede. Aber Livius [9] redet davon, indem er erzählt, in dem Jahr, da zuerst Prätoren ernannt wurden, hätten die plebejischen Aedilen die ludos maximos nicht besorgen wollen, und da habe man denn für dieses Geschäft zwey curulische Aedilen aus den Patriciern bestellt. Pomponius [10] dagegen sagt, es sey geschehen, ut aliquo pluris patres haberent, ohne daß er sonst irgend einen Unterschied zwischen den plebejischen und curulischen Aedilen angibt. Im übrigen wissen wir nur, daß vielerley, besonders Polizey-Geschäfte, an die Aedilen gehörten, wovon nachher besonders zu handeln

8) Annal. L. 7. c. 16. nach der Uebersetzung von Du Fresne.

9) L. 6. c. 42. L. 7. c. 1.

10) L. 2. §. 32. de orig. iur. (1. 2.).

ist; daß unter J. Cäsar zur Besorgung des Getraidewesens Aediles Cereales hinzukamen [11]; daß die plebeiischen und curulischen Aedilen bis tief in das dritte Jahrhundert unter den Kaisern fortdauerten, von da an aber verschwinden und verschwinden mußten, weil die neuen Kaiserlichen Obrigkeiten, besonders der praefectus urbi mit seinen Unterbedienten, die ganze Polizey an sich rissen [12]; und daß in den Municipien, wo fast alles nach Römischen Mustern gebildet war, gleichfalls Aedilen vorkommen [13].

Die gewöhnliche Ansicht unsrer Schriftsteller über das Verhältniß der plebeiischen und curulischen Aedilen geht nun dahin: den letzten sey alles zugetheilt, was man höhere, oder ehrenvolle Polizey-Geschäfte nennt; die ersten hingegen seyen gleichsam nur Handlanger der Tribunen, und Besorger der ganz niedrigen Polizey-Aufsicht gewesen [14]. Daher

11) Heineccius hist. iur. T. 1. §. 56.

12) Tacitus ann. L. 1. c. 3. L. 13. c. 28. Suetonius Tiber. 34. Claud. 38. Vespas. 6. Dio Cassius L. 59. p. 459. Plinius epist. L. 8. n. 23. Capitolinus Gordian. 3. E. Otto de aedilibus coloniar. c. 7. §. 10. 11. Ritter ad Heineccius hist. iur. §. 75.

13) Cicero ad divers. L. 13. ep. 11. L. 30. §. 1. locat. (19. 2.) L. 2. C. si serv. aut. libert. (10. 32.) Otto l. c. Sigonius de antiquo iure Italiae L. 2. c. 3. 8. Pancirollus de magistratt. municipal. (in Graevii Thes. ant. Rom. T. 3.) I. Wasteau de iure et iurisdictione municipiorum (in Oelrichs Thes. Diss. Belg. Vol. 2. T. 2.).

14) Hotomannus de magistratt. L. 1. pr. Ritter ad Heineccius l. c. §. 54.

hat man es denn auch erklären wollen, daß wir nur Edicte der curulischen, nicht aber der plebejischen Aedilen erwähnt finden [15]).

Die Hauptveranlassung zu dieser Idee scheint eine Aeußerung von Cicero [16]) gegeben zu haben. Indem dieser nämlich von seiner Wahl zum Amte eines curulischen Aedilen redet, bemerkt er, das Römische Volk übertrage ihm damit mancherley; eine Reihe bedeutender Volksfeste, die procuratio sacrarum aedium, — totam urbem tuendam, und dafür genieße er denn auch mancherley Ehre und hohes Ansehn. Allein damit ist auf keine Weise bewiesen, daß die plebejischen Aedilen nicht auch zu sehr wichtigen Geschäften berufen waren, und nicht an eben den Geschäften Theil nehmen konnten, welche den curulischen angehörten; vielmehr ergeben die obigen Auszüge aus Dionysius und Zonaras das Gegentheil. Auch hätte

I. C. G. Heineccius ad edictum aedilitium florum sparsio. Hal. 1738. cap. 1. §. 11. Bach hist. iur. p. 81., vielleicht auch Hugo Rechtsgesch. S. 146. 167. — Anerkannt wird ein Unterschied, aber unbestimmt, von Lyklama et Perizonius de ordinariis et senatoriis Romanor. magistratt. cap. 5. (in Oelrichs Thes. Diss. iur. select. in ac. Belg. hab. Vol. 2. T. 2.). Eine Abhandlung, welche ich freylich gern verglichen hätte, aber nicht erhalten konnte, führt den Titel: I. T. G. van Alphen de differentia inter aediles plebis et curules Romanorum. Traj. ad Rhen. 1789. 4.

15) Ritter l. c. §. 54.

16) Cicero in Ver. Act. 2. L. 5. c. 14.

schon die Analogie der Prätoren beweisen können, daß jener Schluß sehr mißlich ist. Der praetor urbanus war von allen Prätoren der geachtetste, daher auch sein Name: praetor maior; und doch war seine Iurisdictio intensiv nicht größer, als die des praetor peregrinus. Auch folgt die Unbedeutendheit der plebejischen Aedilen nicht daraus, daß sie nicht, wie die curulischen, zu den höheren Magistraten gehörten. Das Letzte galt auch von den Volks-Tribunen, mit deren Allmacht sich doch gewiß die Gewalt der curulischen Aedilen nicht vergleichen läßt. Indeß fixirte sich bey unsern Gelehrten nun einmal die Idee, daß die Gewalt der plebejischen Aedilen weit hinter der der curulischen zurückgestanden, und bloß auf die ganz niedrige Polizey beschränkt gewesen sey; und nach dieser Hypothese mußte sich denn vieles biegen. So stehen z. B. in den Pandekten drey Fragmente, welche in Beziehung auf die Straßen-, Markt- und Waaren-Polizey ganz unbedingt von Aedilen reden, ohne die curulischen und plebejischen zu unterscheiden [17]). Dennoch soll man sie nur auf die eine, oder die andre Art der Aedilen beziehen. Der jüngere Heineccius subintelligirt das: curulis [18]); während Ritter [19]) der Meynung ist, man müsse dabey an die geringen Aedilen denken,

17) L. 12. 13. de peric. (18. 6.) L. 13. §. 8. locat. (19. 2.) L. 12. de decurion. (50. 2.).

18) Diss. cit. cap. 1. §. 12.

19) l. c. §. 54. 56. 75.

weil in jenen Fragmenten nur von der niederen Polizey die Rede sey. Der letzte wirft dabey dem älteren Heineccius sogar ein incogitanter deswegen vor, weil er eine bekannte Stelle aus Plautus [20], wo Ergasilus sich polternd über allerley Polizey-Mißbräuche, und namentlich über das Ausstellen fauler Fische beklagt, auf die erhabenen curulischen Aedilen bezogen habe. Dennoch enthält das, von Hegio ausgerufene: Eugepae! edictiones aedilitias hic habet quidem! verbunden mit dem Umstande, daß wir von Edicten der plebejischen Aedilen nichts wissen, einen recht guten Grund für die Ansicht von Heineccius; auch ließe sich noch dafür, und gegen die angebliche Niedrigkeit der plebejischen Aedilen anführen, daß in ächt republikanischen Staaten in der Regel kein Geschäft als niedrig angesehen wird, was für das öffentliche Wohl nothwendig ist [21], und daß die angesehensten Römer immer bereit waren, das Amt eines plebejischen Aedilen zu verwalten.

Nach meiner Ueberzeugung war in Betreff des Objects wenig oder gar kein Unterschied zwischen beyden Arten der Aedilen, und beyde müssen dieselben Geschäfte nach Ort,

20) Captivi Act. 4. Sc. 2.

21) z. B. Seneca epist. 36.: Nam hoc quoque nobilissimi aediles fungebantur officio, intrandi ea loca, quae populum receptabant, exigendique munditias, et utilem et salubrem temperaturam. Unsre alten guten Reichsstädte gaben uns auch Beyspiele der Art, und die Deutsche Landwehr der jüngsten Zeit hat Gottlob auch wieder gezeigt, was der Patriotismus veredeln kann.

oder Zeit getheilt haben, wie es zum Theil auch in Athen der Fall war [22]); am wenigsten aber sind die plebejischen Aedilen als Magistrate für die ganz niedrigen Geschäfte zu betrachten, wenn sie auch Anfangs nur Diener der Volks-Tribunen gewesen seyn mögen. Meine Gründe sind diese:

1) Die obigen Angaben von Dionysius und Zonaras. In diesen erscheinen die plebejischen Aedilen durchaus nicht als Magistrate für kleine niedrige Geschäfte, sondern als sehr bedeutende Beamten mit immer wachsender Gewalt.

2) Kein Classiker hat beyde Arten der Aedilen einander so entgegengesetzt, wie es unsre Schriftsteller thun. Vielmehr findet man überall, daß von Aedilen schlechthin die Rede ist, wo unsre Gelehrten eine Theilung nach dem Höhern und Niedern zwischen beyden Arten der Aedilen annehmen [23]). Eben dieß ist denn auch in jenen vorhin erwähnten drey Pandekten-Fragmenten der Fall. Als ein viertes würde ich die bestrittene L. un. de via publica (43. 10.) nennen, wenn ich mich davon überzeugen könnte, daß darin von den Aedilen Roms die Rede wäre. Dieß ist aber nicht der Fall. Nach dem Griechischen Urtext ist das Fragment aus einem Werke von Papinianus ent-

22) Petitus comm. in leg. Attic. L. 2. T. 3. n. 253. (in Heineccius iurispr. Rom. et Att. T. 3. p. 337.).

23) Dio Cassius L. 54. in fine Livius L. 8. c. 22. L. 9. c. 40. Suetonius Tiber. 34. Claudius 38.

fehlt, worin von den Pflichten der ἀσυνομικοὶ gehandelt wurde, also nicht von Römischen Aedilen, oder, wie zuweilen in Manuscripten noch schlechter übersetzt ist, von aedilibus curulibus [24]), sondern von Oberaufsehern der Wege in Griechischen Landstädten, welche man also entweder mit dem Griechischen Kunstwort bezeichnen muß, oder höchstens Municipal-Aedilen nennen kann [25]). Auch der Griechische Urtext bestärkt an sich diese Idee, und es ist eine erkünstelte Wendung, wenn Conradi [26]) glaubt, Papinianus, dessen gewöhnliche Schreibart die Lateinische war, habe dießmal deswegen Griechisch geschrieben, damit man sich seine, den Römischen Aedilen gegebenen Lehren in den Griechischen Landstädten zum Muster nehmen könne. Denn wer in der Residenz für Residenzbeamten schreibt, denen die Provinzial-Sprache oft nicht geläufig

24) So liest namentlich Haloander; auch findet sich noch sonst diese Lesart. Gentilis de lib. iur. civ. c. 2.

25) Cuiacius obs. L. 22. c. 31. Panzirollus de magistratt. municip. c. 11. 19. Otto l. c. cap. 9. §. 7. Idem de tutel. viar. P. 2. c. 3. Brenkmann de leg. inscript. §. 19. (in Wieling iurispr. rest. T. 2. p. 166. 167.) Wieling lect. iur. civ. L. 2. c. 17. Arnaud coniect. L. 1. c. 18. Mazochi ad Tabulas Heracl. p. 485. sqq. L. A. Guadagni ad Graeca pandectarum dissertationes. Pis. 1786. p. 201. sqq. Indeß beziehen manche das Fragment grade auf Römische Aedilen. F. C. Conradi fragmentum legis antiquae de recensu populi etc. §. 6. (parerg. p. 386. sqq.) Stockmann ad Bach p. 487. not. x.

26) a. a. O. p. 388. not. c.

ist, der würde doch eine halbe Tollheit begehen, wenn er nicht für die, zu denen er unmittelbar spricht, auf die ihnen verständliche Weise redete.

3) In seiner Abhandlung über das Ideal einer guten Staatsverfassung sagt Cicero, indem er die nöthigen Magistrate beschreibt: Suntoque aediles curatores urbis, annonae, ludorumque solennium [27]), unterscheidet mithin die curulischen und plebejischen Aedilen, oder höhere und niedere Polizey-Beamte, durchaus nicht. Zwar könnte man einwenden, es sey hier nur vom Idealen die Rede. Allein man weiß ja, wie in dem Ganzen Tractat de legibus fast immer nur das Römisch-Positive demonstrirt wird, und hier, bey der Darstellung der Einrichtung der Magistraturen, geschah es ganz offenbar bis auf die größte Kleinigkeit, daher Cicero gleich nach Vorlesung seiner darüber gedichteten lex seinen Bruder ausrufen läßt: Quam brevi, frater, in conspectu posita a te est omnium magistratuum descriptio; sed ea paene nostrae civitatis, etsi a te paulum allatum est novi. Dieß gibt denn auch Cicero selbst zu, weil von den Vorfahren dieser ganze Punkt aufs weiseste bestimmt sey. Hätte es eine Scheidung zwischen der höheren und niederen Polizey gegeben, so würde dieser bedeutende, zum Theil gefährliche Unterschied gewiß von ihm nicht übergangen seyn.

27) de legib. L. 3. c. 3. 4.

4) Wir haben bestimmte Zeugnisse darüber, daß beyde Arten der Aedilen im Ganzen zu gleichen Geschäften gebraucht wurden. Commissionen des Senats und der Consuln an die Aedilen kommen so gut bey den plebejischen, wie bey den curulischen vor [28]). Eben so finden wir, daß beyde Arten der Aedilen das Getraidewesen besorgten, und Fruchtspenden machten [29]); daß sie die öffentlichen Spiele anordneten und leiteten, obgleich nach Classen getheilt, indem die ludi maximi den curulischen Aedilen angehörten [30]); und daß die plebejischen, gleich den curulischen, Pfändungen vornahmen, und Polizey-Strafen verhängten [31]). In dem bey Heraclea aufgefundenen Volksschluß über die Römische Polizey und die Municipal-Verfassung wird sogar ganz bestimmt die Theilung der Geschäfte nach dem Local vorgeschrieben. Nach der Uebersetzung von Hugo [32]) lautet die Hauptstelle so: „die aediles curules und aediles plebis, welche jetzt sind, oder welche seit dieser lex dazu gemacht oder ernannt seyn werden, oder diese Stelle werden angetreten haben, sollen in den fünf ersten Tagen, nachdem sie zu dieser Stelle ernannt seyn

28) Livius L. 4. c. 30. L. 39. c. 14.

29) Plinius hist. nat. L. 15. c. 1. L. 18. c. 3. Spanhemius de usu et praest. numism. Diss. 10. T. 2. p. 143. sqq.

30) Livius L. 27. c. 6. 21. L. 28. c. 10. L. 33. c. 42.

31) Livius L. 33. c. 42. Tacitus ann. L. 13. c. 28. Reinesius inscr. Class. IV. n. 3.

32) Civil. Mag. 3. B. S. 353. 354.

werden, oder diese Stelle werden angetreten haben, unter sich ausmachen, oder losen, in welchem Theile der Stadt ein jeder von ihnen die öffentlichen Straßen in der Stadt Rom, oder in einer Entfernung von .... Schritten von der Stadt Rom auszubessern und zu bauen besorgen soll, oder von dieser Sache die Besorgung haben soll. Welcher Theil einem jeden Aedilis so nach dieser lex zugefallen seyn wird, dieser Aedilis soll an denjenigen Orten, welche in demselben Theile seyn werden, die Straßen wieder herzustellen und zu erhalten die Besorgung haben, wie es nach dieser lex nöthig seyn wird." In Betreff der Polizey, besonders der Markt-Polizey, war bey dem ungeheuren Umfange Roms, und der geringen Zahl der Aedilen, die Vertheilung der Geschäfte nach den Districten noch mehr eine absolute Nothwendigkeit.

Hieraus allein läßt es sich nun erklären, warum nirgend Edicte der plebejischen Aedilen genannt werden, selbst da nicht, wo von Edicten im Allgemeinen die Rede ist [33]). In der Regel erließen ja alle irgend bedeutenden Römischen Obrigkeiten, wie die Feldherren und Priester, Edicte über ihre Amtsthätigkeit [34]): warum sollten denn die plebejischen Aedilen in dieser Hinsicht mindere Rechte gehabt haben? Die gewöhnliche Antwort: weil sie nur die niedere Polizey

33) §. 7. I. de iure nat. (1. 2.) Theophilus paraphr. ibid.

34) I. G. Heineccius histor. edictor. L. 1. c. 4—8.

hatten, paßt ganz und gar nicht. Grade wenn sie diese, wenn sie nur die Markt-Polizey über Maaß, Gewicht und Aechtheit der Waaren hatten, waren ihnen edicta perpetua nöthiger, wie irgend einem Magistrat. Das bunte Marktvolk, von allen Enden zusammenkommend, und sich schnell wieder verlaufend, läßt sich am wenigsten durch mündliche Befehle regieren, und nirgend bedarf es so sehr fester, allgemein bekannter Regulative, als bey jener Art der Polizey. Nimmt man dagegen an, daß alle Aedilen eine concurrirende, aber nach Zeit, oder Ort geschiedene Amtsthätigkeit hatten, so ist alles leicht erklärt. Eine Einheit der Normen war unentbehrlich. Es mußte also Ein ädilitisches Edict für alle Districte geben. Die Abfassung dieses Edicts durch alle Aedilen vereinigt, hatte gewiß große Bedenken. Je mehr Votanten, desto mehr Verwirrung und Langsamkeit, desto mehr Besorgniß, daß der Ueberstimmte der Ausführung des Beschlusses hinderlich ist. Auch konnten die curulischen Aedilen, wegen ihres ausgezeichnet hohen Ranges, nicht wohl bey Abfassung des Edicts den plebejischen Aedilen ein volles Votum einräumen. Uebertrug man also diese Abfassung den curulischen Aedilen, und machte man den plebejischen Aedilen zur Pflicht, das Edict der ersten in ihrem Distrikt zu befolgen, so war der Knoten auf die möglichst einfache Art gelöst.

Neunte Abhandlung.

Grundzüge einer vollständigen Darstellung der Lehre von der Concurrenz der Civil-Klagen.

Die Lehre von der Concurrenz der Klagen überhaupt, und der Concurrenz der Civil-Klagen insbesondere, welche letzte den Gegenstand dieser Abhandlung ausmachen soll, ist gewiß eine der schwierigsten, wie es auch die Bearbeiter derselben [1], zuweilen in bittern Klagen, immer anerkannt haben; und daher läßt es sich begreifen, wie die

1) Dahin gehören alle Commentatoren des Titels de R. I. ad L. 43. 130. ibid., besonders Cujacius Gothofredus und P. Faber; ferner: Cuiacius Obs. L. 8. c. 24. Hotomannus quaest. illustres. c. 29. Donellus comm. de iur civ. L. 21. c. 3. et Hilliger ibid. Suarez de Mendoza comm. ad L. Aquil. L. 3. c. 1—3. (Meermann Thes. T. 2.) Cabot Disp. L. 1. c. 30. (Meermann Thes. T. 4.) Averanius interpret. L. 3. c. 14. 15. Finestres in Hermogeniano T. 1. p. 601—644. ad L. 32. de O. et A. H. a Vianen de concursu actionum. Trai. ad Rh. 1736. auch vermehrt in Oelrichs Thes. nov. Vol. 1. T. 1. W. Lyser de con-

Verfasser des Neu-Französischen Rechts auch diese Lehre ganz der Wissenschaft anheim geben konnten. Macht der Richter Mißgriffe, wie es hier fast unvermeidlich ist, so trifft doch den Gesetzgeber nicht der Vorwurf, daß er geirrt habe; auch hat es an sich einen liberalen Anstrich, wenn man sich dem bon sens ganz da anvertraut, wo bisher so viele „leidige Spitzfindigkeiten“ alles verdarben. Die Gründe der Schwierigkeit liegen Theils darin, weil, wenn man die Lehre in ihrem vollesten Umfange bearbeiten will, eine Menge von Fällen zu unterscheiden ist, und weil, um offenherzig zu sprechen, unsre Juristen mehrentheils daran gewöhnt sind, nur da zu distinguiren, wo eben nicht viel darauf ankommt, und wo die Unterscheidung von selbst in die Hände läuft, hingegen alles in einem dunkeln Wust liegen zu lassen, oder nur sogenannte Hauptfälle herauszugreifen, wo verschiedenartige Grundsätze durch einander laufen, und eine mannigfaltige logische Scheidung unentbehrlich ist. Vorzüglich aber ist das Justinianeische Recht

cursu actionum. Witteb. 1680. I. A. Frommann de electione actionis utilioris. Tubing. 1687. F. Alef de electivo quem vocant actiocum concursu. Heidelb. 1757. I. V. Bechmann de pluribus concurrentibus actionibus. 1739. F. C. de Savigny de concursu delictorum formali. Marb. 1800. Eine Schrift von Pauly, welche Fenestres ohne Datum und Druckort mehrmals anführt, habe ich nie gesehen. — Ueber die Concurrenz der Criminal-Klagen müssen noch erst ganze Bücher geschrieben werden, damit diese Lehre in Ordnung komme.

selbst durch seine unglückliche Fassung der Hauptgrund vieler Schwierigkeiten. Hätten uns die Verfasser desselben den classischen Tractat des Paulus de concurrentibus actionibus im Wesentlichen, und zusammenhängend mitgetheilt, so würde sich daran das Uebrige leicht anreihen lassen. Allein nur zwey kleine zerrissene Fragmente sind daraus in die Pandekten aufgenommen [2]). Alles Andre besteht in zahllosen, nachlässig hingeworfenen, verstümmelten, oft höchst zweydeutigen Aeußerungen, wobey man ewig das Unheil der Excerpier-Methode beklagen, und durch Suppositionen und beschränkendes Zusammenpassen nachhelfen muß, welches Geschäft um so ängstlicher ist, da nicht alle Classiker in allen Stücken über die Concurrenz der Klagen gleich dachten [3]), und ungeachtet aller Protestationen Justinians nicht geleugnet werden kann, daß ihm das reine Ausscheiden der Folgesätze verworfener Haupttheorien selten ganz gelungen ist. Zur Probe will ich hier vorläufig nur folgende vier Fragmente anführen, welche um so mehr Haupt-Fragmente genannt werden können, da sie unter ganz allgemeinen Titeln stehen.

L. 53. pr. de O. et A. (44. 7.) Modestinus libro 3. regularum:

2) L. 34. de O. et A. (44. 7.) L. 88. de furt. (47. 2.).

3) z. B. L. 32. L. 34. pr. de O. et A. (44. 7.) L. un. C. quando civilis actio (9. 31.).

Plura delicta in una re plures admittunt actiones: sed non posse omnibus uti probatum est. Nam si ex una obligatione plures actiones nascuntur, una tantummodo, non omnibus, utendum est.

L. 60. ibid. Ulpianus lib. 17. ad edictum:

Nunquam actiones poenales de eadem pecunia concurrentes alia aliam consumit.

L. 43. §. 1. de R. I. (50. 17.) Ulpianus lib. 28. ad edictum:

Quotiens concurrunt plures actiones eiusdem rei nomine, una quis experiri debet.

L. 130. ibid. Ulpianus lib. 18. ad edictum:

Nunquam actiones, praesertim poenales, de eadem re concurrentes, alia aliam consumit.

Das sind doch in der That auf den ersten Anblick der Widersprüche genug! Und mehr der Art kommt auch sonst noch vor, wie sich nachher ergeben wird. Besonders muß die Verlegenheit des Auslegers dadurch wachsen, daß hier so manche Ausdrücke doppelsinnig sind. So kann das: de eadem re recht wohl so viel heißen, als: auf dasselbe Object gehend; es kann aber auch sagen: bey Gelegenheit dieses Objects, oder veranlaßt durch dasselbe, sind mehrere

Klagen entstanden. Eben so zweydeutig ist das: eligere actionem. Nach aller classischen Latinität kann es gewiß auf den Fall bezogen werden, wenn von mehreren Klagen die eine bloß angestellt ist; aber bey unsern juristischen Classikern hat es gewiß auch den Sinn, daß es die volle Durchsetzung einer Klage bezeichnet [4]). Diese Doppelsinnigkeiten bieten indeß das beste Mittel dar, um Widersprüche zu heben, und feste Grundsätze zu bekommen. Denn überall soll man die Bedeutung vorziehen, welche am besten zu der Natur der Sache und der Rechtsanalogie paßt; und wenn man in dieser Lehre das Unbestimmte durch das Bestimmte ergänzt, wie es stets Pflicht des Auslegers ist, so lassen sich die mehrsten Schwierigkeiten beseitigen; wobey man dann freylich nicht auf den Beyfall derer rechnen darf, welche, wie Thomasius, nie glücklicher sind, als wenn sie die Römischen Classiker widersprechender Lehren beschuldigen können.

Die bisherigen Bearbeiter der Theorie von der Concurrenz der Klagen, haben für die Exegese einzelner, dahin gehörender Gesetze, allerdings viel geleistet; aber die ganze Lehre ist noch nicht so angegriffen, wie es hätte seyn sollen.

4) L. 31. pr. de O. et A. (44. 7.): Qui servum alienum iniuriose verberat, ex uno facto incidit et in Aquiliam, et actionem iniuriarum: — Sed quidam altera electa alteram consumi; alii per legis Aquiliae actionem iniuriarum consumi, quoniam deest bonum et aequum esse, condemnari eum, *qui aestimationem praestitit.*

Denn mehrentheils faßte man den Begriff der Concurrenz der Klagen so eng, daß vieles dadurch von der Erörterung ausgeschlossen ward, was nothwendig mit dem Ganzen vereinigt werden muß, wie z. B. die Fälle, wenn mehrere Klagen gegen mehrere Personen Statt finden, oder aus verschiedenen Gründen entspringen, oder nur alternativ eingeräumt sind [5]); und selbst die Fälle, von denen man vorzugsweise redete, behandelte man mit der höchsten Einseitigkeit. Denn immer hob man nur die Frage recht hervor, welchen Einfluß das Gewinnen und Durchsetzen einer Klage auf die andre habe; nicht aber die Folgen des Aufgebens und Verlierens der einen Klage in Beziehung auf andre concurrirende Rechtsmittel. Zwar findet man wohl hie und da bey den Schriftstellern eine Andeutung auf dieses Aufgeben und Verlieren; aber immer nur nebenher, oder mit der Bemerkung, daß alles, was dabey gelte, nur eine Ausnahme von der Regel sey [6]). Dieß hat aber in der That keinen Sinn. Das Aufgeben und Verlieren einer Klage ist so oft denkbar, als das Gewinnen derselben; und die Grundsätze des Gewinnens können, als ganz heterogen, mit den Grundsätzen über das Verlieren und Aufgeben nichts gemein

5) Hilliger ad Donellum l. c. Lit. A. Finestres §. 7. 9. 10. 12. Vianen c. 1. §. 9. 11.

6) Bartolus ad L. 18. §. ult. de const. pec. Bachov ad Treutler Disp. 23. Th. 13. Lit. C. Frommann §. 39. Donellus l. c. Bechmann l. c. §. 2. can. 1. Finestres §. 53—55.

haben. Dort ist es z. B. ein entscheidender Satz, daß man denselben Gegenstand nicht mehrmals erhalten, aber verschiedene Sachen nach einander bekommen kann. Bey dem Verlieren dagegen kann grade das Aberkennen der einen Klage zu der Wahl einer andern führen, oder auch, wenn alle Klagen auf demselben Grunde beruhen, mit einem Male die Basis aller Klagen vernichten. Auch unterschied man bisher keineswegs sorgfältig genug das bloße Anstellen einer Klage von dem vollendeten Gewinnen derselben. Eine neue Bearbeitung dieser Lehre ist also gewiß nicht überflüssig; und dazu soll hier der Versuch gemacht werden. Doch versteht es sich, daß diese Abhandlung nur auf die Hauptgrundsätze, und die Scheidung der Hauptsätze gehen kann, indem kaum ein Foliant hinreichen würde, wenn man bis in die feinsten Einzelnheiten durchführen wollte, wie viele Klagen mit einander concurrirend gedacht werden können, und wie in allen Fällen die Wirkungen der Concurrenz zu bestimmen sind. Der Zweck dieser Abhandlung kann daher nur auf die Entwickelung der Grundsätze gehen, welche in der Regel entscheidend sind.

Bevor ich aber auf die Erörterung der einzelnen, hier zu unterscheidenden Fälle übergehe, muß ich einige Hauptgrundsätze voranschicken, Theils um eine feste Basis zu bekommen, Theils um meine Ausdrucke gegen jedes Mißverständniß zu sichern.

Erster Hauptgrundsatz: Eine Concurrenz der Klagen im weitesten Sinn läßt sich nur da annehmen, wenn Jemand mehrere Klagen, es sey gegen Eine Person, oder gegen mehrere, wirklich hat. Steht also Jemandem nur Eine Klage zu, und wählt er irrig Statt der competenten die incompetente Klage, so können ihn die Grundsätze über Concurrenz der Klagen, wonach oft die Anstellung, oder der Verlust der einen Klage den Verlust der andern zur Folge hat, keineswegs treffen; vielmehr bewirkt die Verwerfung der incompetenten Klage bloß den Verlust dieses Processes, und der Unterliegende behält das Recht, nachher mit der competenten Klage hervorzutreten [7]). Wer also z. B. ein Testament irrig mit der querela inofficiosi angegriffen hat, dem bleibt nachher die accusatio falsi übrig, und umgekehrt [8]). Eben daher erklärt es sich denn auch, wie die Gesetze dahin entscheiden konnten, daß die irrige Anstellung der rei vindicatio, den, nur im Besitz gestörten Inhaber der Sache des interdicti uti possidetis nicht beraube [9]), eine Entscheidung, worin man zwar häufig große Schwierigkeiten gefunden hat, und welcher man daher auch durch künstliche Wendungen auszuweichen suchte [10]),

7) L. 13. §. 5. de pignor. (20. 1.) L. 43. §. 9. de aedil. edict. (21. 1.).

8) L. 14. C. de inoffic. test. (3. 28.).

9) L. 12. §. 1. de acquir. poss. (41. 2.).

10) Glossa ad L. 12. §. 1. cit. Hotomannus quaest. illustr. n. 30. Merenda controv. L. 12. c. 16. Giphanius lectur. Altorphin. p. 461.

welche aber nach jenem Hauptgrundsatz vollkommen richtig ist, sofern man damit nur noch den Satz verbindet, daß Interdicte selbstständige Klagen, und nicht Theile der Vindicationen sind [11]). Indeß gibt es singulaire Ausnahmen von diesen Grundsätzen. Der eine Fall kommt vor, wenn ein Legatar das Legat annimmt, und doch nachher mit der accusatio falsi, oder querela inofficiosi auftritt, oder umgekehrt zuerst mit einer dieser Klagen aufgetreten, aber abgewiesen ist, und nun nachher doch das Legat fordert. Wegen der Verhaßtheit der accusatio falsi und der noch größeren Verhaßtheit der querela inofficiosi, gelten in jenen Fällen diese Grundsätze: wer aus entschuldbarem Irrthum ein Legat annahm, kann nachher noch mit der accusatio falsi und querela nullitatis auftreten, aber nicht mit der querela inofficiosi [12]); umgekehrt aber: wer mit der accusatio falsi und querela inofficiosi ihres Ungrundes wegen abgewiesen ist, der verliert zur Strafe sein Recht auf die ihm hinterlassenen Legate, nicht aber derjenige, welcher bloß die querela nullitatis verlor [13]). Diese Sätze über die querela inofficiosi haben denn auch eine schlechte Entscheidung des Kaisers Theodosius in L. 8. pr. C. de codicillis (6. 36.) veranlaßt. Nach dieser Constitution soll nämlich, wenn einem Testament die Codicillar-

11) Goveanus var. lect. L. 1. c. 3. Savigny vom Besitz. 2. Aufl. S. 395. 396.

12) L. 5. pr. §. 1. de his quae ut indign. (34. 9.).

13) L. 5. §. 1. cit. L. 8. §. 14. de inoffic. test. (5. 2.).

Clausel hinzugefügt ist, der eingesetzte Erbe wählen, ob er daraus als Erbe, oder als Fideicommissar succediren will, und die bloße Wahl des Einen soll ihn unbedingt, also auch wenn er entschuldbar irrte, von dem Andern ausschließen. Zwar hat sich Cujacius [14]) viele Mühe gegeben, diese Entscheidung aus den Grundsätzen vom Wahlrecht und manchen singulairen Entscheidungen zu rechtfertigen. Allein er hat nichts beygebracht, woraus sich ergibt, daß grade hier gegen die gewöhnlichen Grundsätze, der verzeihliche Irrthum als Entsagung gelten muß. Vergleicht man dazu das Original jener Constitution [15]), so wird es noch offenbarer, daß ihre Entscheidung ein Mißgriff, oder reine Willkühr war. Denn Theodosius führt zur Rechtfertigung derselben an, daß ja auch die Annahme eines Legats von der querela inofficiosi testamenti ausschließe, und diese Ausschließung beruhte doch gewiß bloß auf der besondern Verhaßtheit jener Klage, widrigenfalls bey der accusatio falsi und querela nullitatis dasselbe hätte gelten müssen. Alef [16]), dem jene Entscheidung am Ende auch gefallen will, weil nolle und velle sich einander aufhebe (als ob ein irriges nolle oder velle vollgültig wäre!) hätte daher lieber bey dem bleiben sollen, was er Anfangs sagt: molestum est legis huius argumentum. Sed an nobis

14) Comment. ad Tit. C. de codicillis (opp. T. 9. p. 807. sqq.).

15) Sie steht im Cod. Theodos. L. 4. T. 4. const. 7.

16) Diss. cit. §. 28.

tantum? Omnibus sane, qui legalem profitentur philosophiam!

Zweyter Hauptgrundsatz: Wer einen Gegenstand bereits in Händen hat, kann denselben nicht noch einmal einfordern, und insofern erlischt durch das volle Durchsetzen (d. h. das, auch die Zahlung zur Folge habende Gewinnen) einer Klage die andere Klage, welche denselben Gegenstand hat [17]; worauf denn allein, nach aller Analogie und Vernunft, die oben erwähnte L. 43. §. 1. de R. I. (50. 17.) gehen kann. Die bloße Einlassung an sich hat aber noch keineswegs die Wirkung der Zahlung [18], und selbst nicht einmal die rechtskräftige Verurtheilung [19]. Nur die Einrede der Litispendenz kann daraus entstehen, welcher der Sieger aber wiederum durch Entsagung des Processes ausweichen kann [20]. Wäre indeß eine Klage von der Art, daß sie an sich durch bloße Wahl einer andern aufgehoben wird, so würde natürlich deswegen die Einlassung das ius variandi aufheben.

Dritter Hauptgrundsatz: Wenn Jemand durch dasselbe Factum nur ein alternatives Recht auf den einen

17) L. 27. §. 11. ad L. Aquil. (9. 2.) L. 38. §. 1. pro. soc. (17. 2.) L. 43. locati (19. 2.) L. 18. de V. O. (45. 1.) L. 57. de R. I. (50. 17.).

18) L. 36. §. 2. de her. pet. (5. 3.) L. 13 14. de R. V. (6. 1.) L. 7. §. 1. commod. (13. 6.).

19) L. 12. 13. 14. pr. L. 16. de excpt. rei iudic. (44. 2.).

20) Finestres l. c. §. 54—56.

oder den andern Gegenstand erhält, so erlischt sein ferneres Wahlrecht, so bald er von dem Verpflichteten den einen jener Gegenstände auch nur fordert [21]). Eine solche Alternative versteht sich nach den Gesetzen vom Widerspruch immer ganz von selbst, wenn der Grund der einen Klage den Grund der andern aufhebt, z. B. wenn Jemand klagend eine Handlung genehmigt, welche er hätte anfechten können, welche aber, sobald sie genehmigt ist, als rechtsbeständig gelten muß [22]). Uebrigens muß natürlich auch hier der Irrthum abgerechnet werden, wenn er von der Art ist, daß er nach allgemeinen Grundsätzen gradezu verziehen wird, oder zu Anträgen auf restitutio in integrum berechtigt [23]).

Vierter Hauptgrundsatz: Wenn die Gesetze auch verordnen, daß da oder dort eine Klage durch bloße Anstellung erlöschen solle, so ist dieß doch immer dahin zu verstehen, daß auf die Klage die Einlassung erfolgte, indem vorher aus der bloßen Klage für den Beklagten nie ein festes Recht erwächst [24]). Wenn also in dieser Abhandlung nachher vom Verlust der einen Klage durch Anstellung oder Aufgebung der andern die Rede seyn wird, so ist dieß immer von dem Fall zu verstehen, daß nach erfolgter Einlassung auf die Klage diese Klage aufgegeben, oder eine andre angestellt wird.

21) L. 106. L. 112. pr. L. 138. §. 1. de V. O. (45. 1.).
22) L. 1. C. de furt. (6. 2.) Frommann l. c. §. 38.
Vianen l. c. §. 3. §. 2.
23) Frommann §. 15. 16.
24) Frommann §. 18.

Fünfter Hauptgrundsatz: Klagen, welche einen wesentlichen Fehler in der Form haben, oder auf keinem rechtlichen Grunde beruhen, darf der Richter nicht zur Einlassung communiciren, sondern er muß sie gleich von Amtswegen angebrachtermaßen verwerfen, welches dann dem Beklagten bloß zu notificiren ist. Diese Art der Verwerfung einer Klage ist im Grunde nichts weiter, als eine gezwungene Aufgebung derselben vor der Einlassung, also, wie diese, im Ganzen für das Anstellen neuer Klagen unbedeutend; daher denn bey den folgenden Erörterungen unter dem Ausdrucke: Verwerfung einer Klage, oder: Abweisung des Klägers, stets der Fall verstanden werden soll, wenn eine Klage nach der Einlassung wegen ihres factischen Ungrundes verworfen wird. Zwar werden Klagen sehr häufig erst nach förmlicher Einlassung, und einer langen Verhandlung angebrachtermaßen verworfen. Allein ein solches Verfahren ist im Grunde ein Fehler aller Theile, woraus eben deswegen keiner von ihnen Vortheil ziehen kann, und das am Ende folgende Urtheil spricht es durch sein: angebrachtermaßen implicite aus, daß das bisherige Verfahren in nichts zerfällt. Eine solche späte Verwerfung ist sonach im Ganzen eben so zu behandeln, als wenn eine Klage gleich nach der Einreichung angebrachtermaßen verworfen wird.

Sechster Hauptgrundsatz: Die Verwerfung einer Klage in dem eben bestimmten Sinn spricht nichts weiter aus, als daß dieser bisher geltend gemachte Klag-

grund falsch sey, keineswegs aber, daß der Kläger nicht andere bessere Gründe zu neuen Ansprüchen an den Beklagten habe. Ist also der Fall nicht von der besonderen Art, daß der Kläger durch bloße Wahl und Anstellung der einen Klage die andre verliert, so darf er nachher zwar den verworfenen Klaggrund in keiner Hinsicht wieder geltend machen, aber das Klagen aus andern Gründen ist ihm unverwehrt [25]). Keine Ausnahme hievon machen die dinglichen Klagen, wie man es wohl zu stellen pflegt. Es verhält sich damit so. Wenn Jemand ein actio in personam anstellt, so muß er die bestimmte caussa obligationis, woraus er klagen will, speciell anführen. Erfolgt dann die Verwerfung der Klage, so ist damit nur dieser besondere Grund verworfen, und dem Kläger bleibt es frey, andre Obligations-Gründe aufs neue geltend zu machen. Bey actionibus in rem hingegen gilt, was Paulus [26]) etwas unbestimmt so ausdrückt: non ut ex pluribus caussis deberi nobis idem potest, ita ex pluribus caussis idem possit nostrum esse, das heißt: man kann nach Römischem Recht [27]) eine actio in

25) L. 93. §. 1. de leg. 3. (32.) L. 28. §. ult. de liberat. leg. (34. 3.) L. 9. §. 1. de furt. (47. 2.) L. 13. §. 2. de iureiur. (12. 2.).

26) L. 159. de R. I. (50. 17.) vergl. mit Maiansius Disp. T. 1. D. 7. §. 2. 3.

27) Ob nach Grundsätzen des Deutschen Processes eine solche unbestimmte Allgemeinheit der Real-Klagen zulässig sey? darüber läßt sich rechten; doch interessirt mich hier für meine Erörterungen diese Frage nicht weiter.

rem unbestimmt, also unbedingt allgemein so anstellen: aio rem meam esse. Damit sind denn alle denkbaren Thatumstände, wodurch möglicher Weise bis zur Klage dem Kläger das Eigenthum erworben seyn konnte, zum Grunde dieses Rechtsstreits gemacht. Erfolgt mithin nachher eine Abweisung des Klägers, so kann er diese Sache von dem Beklagten aus keinem, der ersten Klage vorangegangenen Erwerbgrunde vindiciren, sondern nur aus Erwerbgründen, welche jenem Urtheil möchten gefolgt seyn; auch darf er nach der Verwerfung seiner vindicatio den Beklagten wegen der Sache durch actiones in personam in Anspruch nehmen [28]). Augenscheinlich ist nun aber dieß alles nichts Singulaires der Vindicationen in Ansehung ihrer Wirkung, sondern eine Anwendung des allgemeinen Satzes, daß man das Aberkannte nicht aufs Neue geltend machen kann; wobey denn die Beurtheilung ferner zu prüfen hat, wie eng, oder wie weit die Aberkennung war.

Siebenter Hauptgrundsatz: Wenn der Kläger eine angestellte Klage vor dem Urtheil aufgibt, so liegt darin nichts mehr, als daß er dieses Object aus diesem Grunde nicht weiter fordern wolle. Er kann also nachher

28) L. 11. §. 2. 4. L. 14. pr. §. 2. L. 31. de except. rei iudic. (44. 2.) Vianen c. 2. §. 9. Bechmann c. 5. §. 1.

aus andern Gründen daſſelbe Object, oder aus den Gründen der aufgegebenen Klage andre Objecte in Anſpruch nehmen, auch kann ihm nicht vorgeworfen werden, daß er durch die Aufgebung der Klage die Falſchheit des Klaggrundes eingeräumt habe. Denn ein Factum kann wahr und obligatoriſch ſeyn, und doch kann man nicht geneigt bleiben, daſſelbe ferner geltend zu machen. Wenn alſo der beſtohlene Eigenthümer den Dieb erſt condictione furtiva belangt, aber dieſe Klage aufgibt, ſo wird er dadurch von der rei vindicatio nicht ausgeſchloſſen; auch darf aus der Aufgebung der erſten Klage nicht gefolgert werden, daß der Kläger damit die Beſchuldigung des Diebſtahls als eine Lüge eingeräumt habe, vielmehr würde dieß, wenn der Beklagte ſich nachher in separato der actio iniuriarum bedienen wollte, der Gegenſtand einer beſondern Unterſuchung werden müſſen. Als eine Art der Aufgebung gilt es auch, wenn eine Klage bloß in contumaciam verworfen wird, weil hier das Urtheil im Grunde nichts weiter ausſpricht, als daß der Kläger den Proceß nicht fortſetzen wolle. Es liegt alſo darin keineswegs die richterliche Erklärung, daß der Kläger gelogen habe. Wenn daher auch, wie oben angeführt wurde, bey wirklicher Aberkennung der accusatio falsi und querela inofficiosi testamenti der Kläger, als beſonders gefährlicher Lügner, zur Strafe die Legate verliert, ſo iſt dieß doch nicht der Fall, wenn jene Klagen bloß in contumaciam für erlo-

schen erklärt werden [29]). Deswegen soll denn auch nachher unter dem Ausdruck: Aufgebung der Klage, die Verwerfung der Klage in contumaciam immer mit verstanden werden; so daß also, nach allem Bisherigen, nur immer die Fälle zu erwägen sind: Anstellung und Aufgebung, Gewinnen, und Verlieren einer Klage.

Nach Vorausschickung jener Hauptgrundsätze kann jetzt die Scheidung der einzelnen Fälle Statt finden. Die gewöhnliche Hauptunterscheidung zwischen *concurrentia obiectiva*, wenn die mehreren Klagen demselben Kläger gegen denselben Beklagten zustehen, und *concurrentia subiectiva*, wenn bey einer Vielheit der Klagen activ oder passiv eine Vielheit der Subjecte vorhanden ist, kann ich, als richtig und erschöpfend, in der Hauptsache zum Grunde legen. Wenn man aber die objective Concurrenz wieder in cumulativa, successiva und electiva eintheilt [30]), so weiß ich hier damit zum Zweck einer Grundeintheilung nichts anzufangen, weil man dabey von der einseitigen Berücksichtigung des bloßen Gewinnes einer

29) L. 8. §. 14. de inoffic. test. (5. 2.) L. 8. C. de his quib. ut indign. (6. 35.).

30) Schmidt v. d. Klagen §. 61. Danz ordentl. Proc. §. 81—83. Glück Erl. der Pand. 4. B. §. 284. a—d. Noch andre Worte und Theilungen findet man bey Frommann l. c. §. 7. Bechmann l. c. cap. 3. §. 2. Man kann aber nicht jedes alten Wortes wegen die Begriffe spalten. Das gibt die leidige juristische Hölzernheit, welche nur zu viel Unheil gestiftet hat.

Klage ausging, und die übrigen denkbaren Fälle auf sich beruhen ließ; daher denn für diese Art der Concurrenz ein ganz neues Fachwerk angelegt werden muß. Was nun

I) die objective Concurrenz (oft vorzugsweise und allein Concurrenz genannt) betrifft, so sind dabey folgende Fälle denkbar:

1) Die concurrirenden Klagen haben ganz verschiedene Gegenstände. Dann ist weiter zu unterscheiden:

A) Sie gründen sich auf verschiedene, für sich bestehende facta. In diesem Fall ist es Regel, daß die Klagen gänzlich unabhängig von einander sind, daß also das Gewinnen, Aufgeben oder Verlieren der einen Klage die andre nicht aufhebt, es mögen nun aus verschiedenen Gründen verschiedene actiones rei persecutoriae, oder poenales, oder criminales gestattet seyn [31]). Nur davon, d. h. nur von dem Fall, daß die, aus mehreren Handlungen (oder auch aus Einer Handlung) entspringenden Klagen verschiedene Gegenstände haben, können die oben angezogenen L. 60. de O. et A. (44. 7.) L. 130. de R. I. (50. 17.) verstanden werden, wie es auch unsre Ausleger gethan haben [32]) Denn darüber war nie unter den Classikern Streit, und konnte, der reinen Un-

31) L. 3. L. 7. §. 4. L. 12. L. 13. L. 14. pr. L. 21. L. 27. de except. rei iudic. (44. 2.) L. 2. pr. §. 1. 2. de priv. del. (47. 1.) L. 15. §. 46. de iniur. (47. 10.).

32) Glück Erl. d. Pand. 4. B. §. 284. a. not. 27.

möglichkeit wegen kein Streit seyn, daß bey einer Identität des Objects der Kläger nur Einmal siegen könne.

Indeß gibt es hier eine Ausnahme, wiewohl nur für den Fall des Gewinnens und Aufgebens, nicht aber unbedingt für den Fall des Verlierens einer Klage. Es kann nämlich der Fall seyn, daß Jemand zwar verschiedene Klagen aus verschiedenen Gründen auf verschiedene Gegenstände hat, daß aber der Grund der einen Klage mit dem Grunde der andern in Widerstreit ist; z. B. A. verkauft dem B. eine Sache auf Borg, schließt aber mit B. nachher ein pactum commissorium, wonach A. das Recht haben soll, den Verkauf als aufgehoben zu behandeln, wenn B. nicht nach Ablauf einer gewissen Frist volle Zahlung leistet. Hier kann nun bloß entweder das Eine, oder das Andre durchgesetzt werden, weil Aufrechterhaltung des Kaufs, und Vernichtung desselben sich gradezu widerstreiten. Wird also

a) eine von beyden Klagen (die actio venditi auf Zahlung, oder die actio ex pacto commissorio auf Vernichtung des Kaufs) gewonnen, so fällt natürlich die andre, als unmöglich geworden, weg.

b) Eben so fällt die andre Klage weg, wenn die zuerst angestellte Klage nachher wieder aufgegeben wird. Denn auf das Widersprechende kann man nur ein alternatives Recht haben, und bey solchen Rechten hat man nach dem obigen dritten Hauptgrundsatz kein weiteres ius variandi, sobald man einmal gewählt hat. Auch haben wir

darüber für den vorhin erwähnten Fall ganz bestimmte Gesetze [33]).

c) Wird dagegen die eine Klage verworfen, so muß die andre im Ganzen noch als zulässig behandelt werden. Denn Urtheile des Richters gelten im Staat als formale Wahrheit [34]), also führt hier das Urtheil zu dem Satz, daß der Kläger irrig eine Klage gewählt habe, welche ihm nicht zustand, mithin muß er nun behandelt werden, wie nach dem obigen ersten Hauptgrundsatz jeder Kläger, welcher aus Versehen die incompetente Statt der competenten Klage anstelite. In Einem Fall muß jedoch das Verwerfen der einen Klage auch das Vernichten der andern zur Folge haben, wenn nämlich der Grund der verworfenen Klage als ein principale die Basis der andern Klage ist, indem überall, also auch hier, der Grundsatz gilt, daß mit dem principale dessen accessorium wegfällt [35]). Man setze also in jenem Fall: A. stellt zuerst gegen B. die actio venditi auf Zahlungen des Preises an; B. leugnet den Kauf, und wird, weil ihn A. nicht beweisen kann, von der Klage entbunden. In diesem Fall spricht das Urtheil den Satz aus, daß zwischen A. und B.

33) L. 7. de lege commissor. (18. 3.): Post diem commissoriae legi praestitum, si venditor pretium petat, legi commissoriae renunciatum videtur, nec variare, et ad hanc redire potest. Eben so L. 4. C. de pact. inter emt. (4. 54.).

34) L. 25. de stat. hom. (1. 5.).

35) L. 13. C. de usur. (4. 32.) L. 3. C. de fruct. et lit. expens. (7. 51.).

kein Kauf-Contract geschlossen war, also kann auch unter ihnen in Beziehung auf diesen Contract kein pactum commissorium Statt gehabt haben; mithin wird nun folgerungsweise die nachherige Klage ex lege commissoria eine reine Unmöglichkeit.

B) Gründen sich die, in Ansehung des Objects verschiedenen Klagen auf demselben Facto, so unterscheide man:

a) Die Gesetze geben dem Berechtigten copulativ die eine und die andre Klage. Alsdann können wieder diese Fälle gedacht werden:

α) Die eine Klage wird gewonnen. Hier versteht sich nun von selbst, daß dann mit voller Wirkung auch noch die andre Klage Statt finden muß, eben weil der Kläger auf beydes ein Recht hat. Aus diesem Grunde kann die eine Klage der andern folgen (oder natürlich auch damit verbunden werden) wenn

a) aus demselben Facto copulativ mehrere, auf ganz verschiedene Gegenstände gerichtete Privat-Pönal-Klagen entspringen. Die Classiker haben zwar hierüber gestritten, doch behielt die consequentere Ansicht die Oberhand.

L. 32. de O. et A. (44. 7.) Hermogenianus Lib. 2. iuris epitom.:

Quum ex uno delicto plures nascuntur actiones, sicut evenit, quum arbores furtim caesae dicuntur, omnibus experiri permitti, post magnas varietates obtinuit.

Dieselbe Ansicht hatten auch namentlich Papinianus nach L. 6. pr. ad L. Iul de ad ult. (48. 5.) und Ulpianus nach der, schon oben erwähnten L. 60. de O. et A. (44. 7.) L. 130. de R. I. (50. 17.). Allein in der dort zugleich angezogenen L. 53. pr. de O. et A. (44. 7.) erklärt sich Modestinus für die entgegengesetzte Theorie. Da indeß der jüngste Jurist, Hermogenianus die verschiedenen Theorien anführt, und die Theorie des Modestinus als durch die Praxis verworfen erwähnt, auch in die Pandekten an andern Orten nicht selten bloß historisch die verworfene Meynung dieses oder jenes Classikers aufgenommen ist: so sind die Künsteleyen, wodurch man hier so oft, restringirend, oder subintelligirend, jene Fragmente unbedingt zu vereinigen suchte, gar nicht einmal nöthig, sondern Hermogenianus: obtinuit entscheidet eben so dafür, daß die Idee von Modestinus zu den Antiquitäten zu zählen ist, als bey dem: sed evaluit Servii sententia in L. 6. §. 2. si serv. vindic. (8. 5.) die, historisch erwähnte Idee des Gallus zurückstehen muß [36].

Nach diesen Grundsätzen hat denn auch Justinianus selbst gesprochen [37]. Man darf hier übrigens noch nicht

36) vergl. besonders Savigny de concurs. delict. form. p. 19—46. S. auch oben die sechste Abhandlung am Ende.

37) §. 1. I. si quadrupes (9. 4.) L. 20. C. de furt. (6. 2.) Vergl. auch noch Suarez de Mendoza l. c. cap. 3. §. 2. p. Averanius interpr. L. 3. c. 14.

an den Fall denken, wenn die Klagen zum Theil denselben Gegenstand haben. Darüber kam erst nachher unter einer eignen Rubrik (nr. 3.) gehandelt werden.

b) Wenn aus demselben facto eine actio rei persecutoria und privata poenalis entspringt [38]). Zwar scheint hieben folgende Stelle Schwierigkeiten zu machen:

L. 71. pr. de furtis (47. 2.) Iavolenus Lib. 15. ex Cassio:

Si is, cui commodata res erat, furtum ipsius admisit, agi cum eo et furti et commodati potest, et si furti actum est, commodati actio extinguitur; si commodati, actioni furti exceptio obiicitur.

Allein weiß man, daß der Ausdruck actio furti auch die, bloß reipersecutorische condictio furtiva bezeichnet [39]), so kann und muß man das Fragment der Vernunft und Rechts-Analogie wegen bloß auf diese Klage beziehen [40]).

38) §. ult. I. de obl. quae ex delicto (4. 1.) §. 18. I. de act. (4. 6.) L. 7. §. 1. condict. furtiv. (13. 1.).

39) Pauli sent. rec. L. 2. T. 31. §. 34. L. 14. §. 16. de furt. (47. 2.) L. un. C. quando civil. act. (9. 31.) Cuiacius Obs. L. 17. c. 12.

40) Hotomannus quaest. illustr. n. 29. Vianen Diss. cit. cap. 3. §. 2.

c) Wenn aus demselben facto eine actio mixta copulativ mit einer actio poenalis privata gestattet ist [41]).

B) Wird dagegen die eine Klage verworfen, so muß auch die andre wegfallen. Denn nun ist ja durch das Urtheil für die Parteyen der Satz ausgesprochen, daß das der Klage zum Grunde gelegte factum nicht wahr sey; also kann es auch nach dem obigen sechsten Hauptgrundsatz nicht weiter zu neuen Ansprüchen benutzt werden.

C) Wird endlich die erste Klage aufgegeben, so kann nun dennoch, vermöge des oben entwickelten siebenten Hauptgrundsatzes, die andre Klage angestellt werden, weil dieses Aufgeben kein Einräumen der Falschheit des Klaggrundes enthält. Hätte also z. B. der Bestohlne den Dieb erst mit der actio facti auf eine Strafe belangt, und gereuete ihn während des Processes diese Härte, so könnte er dennoch nach Aufgebung der actio furti die gestohlene Sache durch die condictio furtiva einklagen.

b) Ganz andre Ansichten treten ein, wenn die, auf verschiedene Objecte gehenden, aus demselben facto entspringenden Klagen nur alternativ gestattet sind. Dieß tritt immer ein, wenn die Gegenstände der Klagen mit einander in Widerstreit stehen, oder wenn durch Gesetze, oder andre Dispositionen namentlich ein nur alternatives Recht

41) L. 14. §. 1. praescr. verb. (19. 5.).

gestattet ist. Beyspiele sind: die, wegen eines bedeutenden heimlichen Mangels nur electiv denkbare, und auch nur insofern gestattete actio redhibitoria und quanti minoris [42]); das den Gläubigern des Erblassers gegen die eignen Gläubiger des Erben eingeräumte beneficium separationis [43]); und das alternative Legat einer Species [44]). In Fällen dieser Art unterscheide man nun:

A) Der Proceß wird gewonnen. Dann kann, wie bey allen alternativen Rechten, von dem fernern Einfordern des andern Gegenstandes nicht die Rede seyn, weil der Kläger alles hat, was ihm gebührt [45]).

B) Der Proceß wird verloren. Auch hier findet die andere Klage nicht weiter Statt, weil nun, nach dem obigen sechsten Hauptgrundsatz, die Basis aller Klagen vernichtet ist.

C) Wird endlich die erste Klage aufgegeben, so kann gleichfalls die andre nicht mehr angestellt werden, weil, wie gesagt, bey alternativen Klagen durch die bloße Wahl der einen die andre aufgehoben wird [46]).

2) Der zweyte denkbare Hauptfall ist, daß die Klagen denselben Gegenstand haben. Dabey ist wieder zu unterscheiden:

42) Mein Pand. System. §. 192.

43) Daselbst §. 1224.

44) L. 19. de legat. 2. (31.).

45) S. oben den dritten Hauptgrundsatz.

46) L. 19. de leg. 2. (31.).

A) Sie beruhen auf verschiedenen Gründen, welcher Fall oft vorkommen kann, z. B. wenn ein Contrahent die ihm anvertraute Sache entwendet, wo dann zu demselben Zweck, nämlich auf Auslieferung der Sache, die Contracts-Klage, bloß auf den Contract, und die condictio furtiva, bloß auf den Diebstahl gegründet, Statt findet. Wird nun in einem solchen Fall

a) die eine Klage gewonnen, so kann nach dem obigen zweyten Hauptgrundsatz die andere Klage nicht weiter Statt finden [47]).

b) Wird sie dagegen verloren, so ist, nach dem sechsten Hauptgrundsatz, noch die andre Klage zulässig, und

c) eben so, nach dem siebenten Hauptgrundsatz, wenn die erste Klage aufgegeben wird [48]).

B) Es kann aber auch der Fall seyn, daß die, auf denselben Gegenstand gehenden Klagen zugleich auf denselben Gründen beruhen, daß also die Verschiedenheit der Klagen im Wesentlichen gar nicht vorhanden ist, sondern nur auf eine Wortverschiedenheit hinausläuft; wie z. B. die Rescission eines Kaufs heimlicher Mängel wegen durch die actio redhibitoria oder die Contractsklage, und die Auslieferung einer vermachten Species durch die actio personalis ex

47) L. 31. §. 16. de aedil. edict. (21. 1.) L. 9. §. 1. de furt. (47. 2.).

48) L. 9. §. 1. cit. L. 48. §. 7. de aedil. edict. (21. 1.) L. 18. de O. et A. (44. 7.).

testamento, oder die rei vindicatio verlangt werden kann [49]). Wird hier nun

a) Der Proceß über die erste Klage gewonnen, so ist der ganze Zweck erreicht, also die neue Durchführung der zweyten Klage undenkbar. Wird er aber

b) verloren, so muß auch die zweyte Klage wegfallen, und eben so

c) wenn er aufgegeben wird, weil man niemals aus demselben Grunde dasselbe Object mehrmals fordern kann [50]). Jetzt ist dieß gar außer allem Zweifel, nachdem wir den Grundsatz angenommen haben, daß auf die Namen der Klagen nichts mehr ankommt, sondern daß allein die merita caussae entscheiden [51]).

In Beziehung auf diese bisher erörterten Grundsätze macht indeß folgendes Fragment einige Schwierigkeiten:

L. 9. §. 1. de tributor. act. (14. 4.) Ulpianus Lib. 29. ad edictum:

Eligere quis debet, qua actione experiatur, utrum de peculio, an tributoria, quum scit, sibi regressum ad aliam non futurum. Plane si quis velit ex alia caussa tributoria agere, ex alia de peculio, audiendus erit.

49) Mein Pand. System. §. 190. 760.

50) L. 34. §. 13. de leg. 1. (30.) L. 76. §. 8. de leg. 2. (31.).

51) cap. 6. X. de iudic. (2. 1.).

Donellus [52]) hat diese Stelle so erklärt, daß sie den Fall der Durchsetzung der ersten Klage voraussetze, welches denn, wie oben erinnert wurde, nach dem Sprachgebrauch der Classiker gerechtfertigt werden kann, und hier zu einem völlig consequenten Resultat führt. Die übrigen Ausleger nehmen dagegen an, daß die eine Klage durch bloße Wahl der andern erlösche, allenfalls mit dem Seufzer: non omnium quae a maioribus constituta sunt, ratio reddi potest [53]). Einen Rechtfertigungsgrund glaubt Alef [54]) darin zu finden, weil die actio de peculio und die actio tributoria sich in ihrem Fundament widerstritten. Allein dieß ist augenscheinlich nicht der Fall. Beyde Klagen setzen dasselbe Hauptfactum, nämlich die Eingabe eines peculii profectitii voraus, und bey der actio tributoria muß dazu nur noch etwas mehr kommen, nämlich die wissentliche Einräumung zum Handeln, und die arglistig verweigerte, oder vollzogene Theilung [55]). Etwas verschieden ist also der Grund der actio tributoria von der actio de peculio, aber nicht dem Grunde der letzten widersprechend. Warum sollte also der, welcher inne wird, daß ihm der

52) Comm. de iur. civ. L. 21. c. 3.

53) Glossa ad 9. §. 1. de trib. act. Cuiacius Resp. Papin. L. VII. ad L. 26. §. variis de leg. 2. (op. T. 4. p. 1111.) Bechmann p. 18. 19. Lyser §. 9. Finestres §. 7.

54) Diss. cit. §. 24.

55) Mein Pand. Syst. §. 369. 370.

Beweis der actio tributoria mißlingen werde, nicht nun noch die einfachere actio de peculio wählen können? Auch sind ja beyde Klagen nicht ganz im Object gleich, da bey der actio de peculio, aber nicht bey der actio tributoria, der Herr und Vater seine eignen Forderungen unbedingt vorabziehen kann. Es bleibt also jenes Fragment, wenn man es auf die bloße Wahl bezieht, aus richtigen Grundsätzen unerklärbar; aber begreiflich wäre es doch wohl, da, wie vorhin erinnert wurde, die classischen Juristen über die Concurrenz der Klagen nicht in allen Punkten gleich dachten, da eine Partey mithin bey einem solchen Streit gewiß irrte, und da die Compilatoren leicht auch hier für einen einzelnen Fall der schlechteren Meynung folgen konnten.

3) Wir haben bisher die beyden reinen Hauptfälle gehabt, daß verschiedene Klagen auf ganz verschiedene, oder auf ganz gleiche Gegenstände Statt finden. Aus der Verbindung beyder Fälle kann aber noch ein vermischter Fall entstehen, nämlich daß die verschiedenen Klagen in gewisser Rücksicht einen gleichen Gegenstand haben, in gewisser Rücksicht aber verschieden sind. Ein solcher Fall kommt in den Gesetzen sehr oft insofern vor, als von den concurrirenden Klagen die eine auf *mehr*, als die andre, gerichtet werden kann. Der Kürze des Ausdrucks wegen will ich nachher die, in einem solchen Fall auf das Mehrere gehende Klage die *größere Klage*, die hingegen, welche nur auf ein Minderes geht, die *kleinere Klage* nennen. (Im Latei-

nischen kann man mit Cujacius: actio gravior und levis sagen). Der gewöhnlichste Fall dieser Art ist, daß eine Klage auf ein Einfaches, die andre aber als actio mixta auf ein Zwey-, Drey-, Vierfaches geht, und daß insofern der reipersecutorische Theil der größeren Klage mit dem ganzen Object der kleineren Klage coincidirt. So hat z. B. der Mündel gegen den Vormund, welcher arglistig eine falsche Rechnung stellte, und Mündelgüter unterschlug, die actio tutelae auf reinen Schadensersatz, aber auch eine actio rationibus distrahendis auf das Doppelte, in welchem denn nur die eine Hälfte eine reine Strafe, die andre aber auf Verfolgung der Sache gerichtet ist. Bey dem Raube dagegen gibt es eine actio vi bonorum raptorum auf das Vierfache, aber nur drey Viertheile davon sind bloße Strafe. Das letzte Viertel dagegen ist rein auf die Sache gerichtet, hat also mit den, dem Beraubten nun sonst noch gestatteten actionibus rei persecutoriis insofern einen gleichen Gegenstand. Es kommen aber solche größere und kleinere Klagen auch noch auf andre Weise vor. Der eine Fall ist, wenn die aestimatio bey der einen Klage sich höher belaufen kann, als bey der andern. So kann z. B. wegen positiver Versehen eines Contrahenten die Contractsklage und die actio legis Aquiliae angestellt werden. Beyde haben nun zwar im Ganzen gleiche Zwecke, aber die actio legis Aquiliae ist darin vortheilhafter, daß dabey der höchste Werth einer gewissen Zeit rückwärts

berechnet werden darf, während bey der Contractsklage nur auf den Werth im Augenblick der Vernichtung gesehen wird. Ein zweyter Fall ist, wenn die Zuerkennung desselben Objects bey der einen Klage die Rechte des Siegers vollständiger und fester macht, als bey der andern. So kann z. B. der Eigenthümer A., wenn ihn B. von einer Immobilie entsetzte, die Restitution der Sache durch das interdictum unde vi fordern. Er hat aber auch zu demselben Zweck die rei vindicatio. Allein bey dieser führt der Sieg noch weiter. Denn der Richter muß dabey dem Sieger auch das Eigenthum positiv zusprechen, während bey dem interdicto unde vi das Eigenthum nicht zur Sprache kommt.

Wenn nun die Gesetze bey solchen Fällen sich consequent geblieben sind, so müssen sie für das Vermischte die Grundsätze der beyden reinen Hauptfälle combinirt, also dieß Princip angenommen haben: sofern die größere und kleinere Klage auf verschiedene Gegenstände gehen, insofern gelten die obigen Grundsätze unter Nro. 1.; sofern aber ihr Object gleich ist, insofern sind die obigen Grundsätze unter Nro. 2. anzuwenden. Wirklich haben auch die Gesetze, wie sich nachher ergeben wird, im Ganzen diese Ansicht gehabt, doch findet sich freylich nicht über jeden denkbaren Fall eine besondere Entscheidung. Dieß kann aber auch hier keine Schwierigkeit machen, da wir ja überall die Lücken der Gesetze durch analogische Schlüsse, und Anwendung der Natur der Sache ausfüllen müssen.

Nach der Individualität unsers dritten vermischten Falls müssen nun folgende Unterscheidungen angenommen werden:

A) Die größere Klage wird vor der kleineren angestellt. Beruhen sie dann

a) auf verschiedenen Gründen, wie die rei vindicatio und das interdictum unde vi, so unterscheide man

α) der Kläger siegt. Dann ist die Anstellung der andern Klage eine Unmöglichkeit, weil nun ja der Kläger durch die Durchsetzung der größeren Klage das Object der kleineren erhalten hat [56]). Natürlich gilt dieß aber nur, wenn er das Object der größeren Klage ganz erhielt. Denn sonst bleibt ihm die kleinere auf so viel, als dafür noch übrig gelassen ist. Ein Beyspiel und einen Beweis hiefür enthält der Satz, daß wenn bey dem iudicio familiae herciscundae Sachen ungetheilt geblieben sind, nachher deren Theilung actione communi dividundo verlangt werden kann [57]).

β) Die Klage wird als ungegründet verworfen. Dann muß ihm nach dem sechsten Hauptgrundsatz die andre Klage frey bleiben.

56) L. 9. §. 6. quod m. c. (4. 2.) L. 34. §. 2. de O. et A. (44. 7.).

57) L. 20. §. 4. L. 44. pr. famil. herc. (10. 2.) L. 4. §. 2. comm. div. (10. 3.).

C) Die Klage wird aufgegeben. Auch dann bleibt es, nach dem siebenten Hauptgrundsatz, dem Kläger unbenommen, sich nachher noch der andern zu bedienen.

Bedenken erregt hiebey indeß folgendes Fragment.

L. 9. §. 6. quod met. caussa (4. 2.) Ulpianus lib. 11. ad edictum:

Licet tamen in rem actionem dandam existimemus, quia res in bonis est eius, qui vim passus est; verum non sine ratione dicetur, si in quadruplum quis egerit, finiri in rem actionem.

Wenn man nämlich das: quis egerit unbedingt versteht, so ist damit gesagt, daß die bloße Wahl der, auf einem verschiedenen Grunde beruhenden größeren Klage die kleinere aufhebt, daß also durch nachherige Aufgebung der ersten die letzte nicht wiederhergestellt wird. So ist auch das Fragment wirklich von mehreren unsrer Ausleger verstanden [58]). Allein dann ist das Resultat ganz widernatürlich. Denn ein Widerstreit zwischen beyden Klagen tritt ja nicht ein, und warum soll man also nicht auch hier nach gewöhnlichen Regeln den einen Klaggrund aufgeben, und den andern geltend machen können? Nur dann ist Vernunft in dem Fragment, wenn man dasselbe auf das Gewinnen der größeren vor der

58) Frommann Diss. ad Pand. L. 4. T. 2. n. 20. cit. §. 36. Franzke comm.

kleineren Klage bezieht, und darauf kann es nach der Sprachweise der Römischen Classiker bezogen werden [59]).

b) Beruhen die Klagen auf demselben Grunde, wie die, wegen desselben Versehens Statt findende actio legis Aquiliae, und actio ex contractu, und es wird dann

A) die größere Klage gewonnen, so ist wiederum nach Gesetzen der Nothwendigkeit die kleinere Klage, als bereits realisirt, erloschen [60]).

B) Wird sie verloren, so kann nach dem sechsten Hauptgrundsatz die kleinere nicht weiter Statt finden, weil nun ihr Grund zugleich mit aberkannt ist.

C) Wird sie endlich aufgegeben, so kann die kleinere Klage auch nicht mehr zugelassen werden, weil ihr Object zugleich Object der größeren ist, und weil, nach dem siebenten Hauptgrundsatze, dasselbe Object aus demselben Grunde nur Einmal gefordert werden kann. Besonders muß dieß jetzt aus den Gründen behauptet werden, welche oben unter No. 2. B. c. angegeben wurden.

B) Die kleinere Klage wird vor der größeren angestellt. Dann ist zu unterscheiden

59) S. oben das Fragment in not. 4.

60) Allegate werden nachher genug bey dem zweyten Fall, wenn die kleinere vor der größeren gewonnen wird, vorkommen.

a) die Klagen beruhen auf verschiedenen Gründen. Hier sind wieder dieselben Fälle, wie vorher, denkbar, nämlich

A) der Kläger siegt. Was dann gelten soll? — darüber haben wir viele scheinbar einander widerstreitende Fragmente, und daher auch verschiedene Ansichten der Ausleger. Der Exegese wegen muß ich zugleich auch auf den Fall Rücksicht nehmen, wenn die gewonnene kleinere Klage mit der größeren einen gleichen Grund hat, welches um so unbedenklicher geschehen kann, da für beyde Fälle, wenn der Kläger siegt, ganz dasselbe gilt.

Nach der Vernunft kann es gewiß keinen Zweifel leiden, daß man hier den Hauptsatz so stellen müßte: das Gewinnen der kleineren Klage hebt bis auf die Summe dieser Klage die größere auf; allein der Ueberschuß der letzten kann durch dieselbe hinterher noch nachgefordert werden. So nimmt es auch die Mehrzahl unsrer Ausleger an [61]). Allein es gibt auch andre, welche sich für das gänzliche Verschlingen der größeren durch die kleinere Klage erklärt haben, zwar nicht der Vernunft wegen, aber doch mit Rücksicht auf die Gesetze [62]); und in der That ist diese Meynung nicht

61) Namentlich Frommann §. 8. 10. Finestres l. c. überall; Cabot l. c. Suarez l. c. L. 3. c. 2. Sect. 1.

62) P. Castrensis ad L. 7. §. 1. commod. nr. 24. Bechmann l. c. §. IV. can. 2.

ohne allen Schein, vielmehr, wenn man sich isolirt an gewisse Gesetze hält, ganz unwiderleglich.

Es gibt nämlich mehrere Fragmente, welche, wenn die kleinere Klage zuerst angestellt ist, ganz allgemein sagen, daß nun auch die größere wegfalle [63]). Ich will hier davon nur folgende besonders ausheben:

L. 18. ad L. Aquil. (9. 2.) Paulus Lib. 10. ad Sabinum:

Sed et si is, qui pignori servum accepit, occidit eum, vel vulneravit, lege Aquilia et pignoratitia conveniri potest; sed alterutra contentus esse debebit actor.

L. 13. de R. V. (6. 1.) Ulpianus lib. 16. ad edictum:

Non solum autem rem restitui, verum et si res deterior sit facta, rationem iudex habere debebit. Finge enim debilitatum hominem, vel verberatum, vel vulneratum restitui: utique

63) L. 13. de R. V. (6. 1.) L. 18. L. 27. §. 11. ed L. Aquil. (9. 2.) L. 18. §. 1. commod. (13. 6.) L. 50. pro soc. (17. 2.) L. 43. locat. (19. 2.) L. 9. §. 6. quod m. caussa (4. 2.) Künstliche Wendungen, um der L. 27. §. 11. cit. auszuweichen, findet man bey Finestres §. 4. Suarez de Mendoza cap. 3. Man kann es indeß hier bey dem bewenden lassen, was nach dem folgenden gegen alle jene Fragmente zu sagen ist.

ratio per iudicem habebitur, quanto deterior sit factus; quanquam et legis Aquiliae actione conveniri possessor possit. Unde quaeritur, an non alias iudex aestimare damnum debeat, quam si remittatur actio legis Aquiliae? Et Labeo putat, cavere petitorem oportere, lege Aquilia non acturum: quae sententia vera est.

L. 18. §. 1. commod. (13. 6.) Gaius lib. 9. ad edict. provinciale:

Sive autem pignus, sive commodata res, sive deposita, deterior ab eo, qui acceperit, facta sit, non solum istae sunt actiones, de quibus loquimur, verum etiam legis Aquiliae: sed si qua earum actum fuerit, aliae tolluntur.

L. 43. locati (19. 2.) Paulus lib. 21. ad edictum:

Si vulneraveris servum tibi locatum, eiusdem vulneris nomine legis Aquiliae, et ex locato actio est: sed alterutra contentus actor esse debet, idque officio iudicis continetur, apud quem ex locato agetur.

Dennoch gibt es auf der andern Seite mehrere Fragmente, welche ganz bestimmt das nachherige Einklagen des Ueberschusses der größeren Klage gestatten, und zwar sind diese

Fragmente aus den Schriften von Paulus und Ulpianus, woraus auch drey der eben angezogenen Fragmente entlehnt sind.

L. 7. §. 1. commod. (13. 6.) Ulpianus lib. 28. ad edictum:

Sed si legis Aquiliae adversus socium eius habuit commodator actionem, videndum erit, ne cedere debeat, si forte damnum dedit alter, quod hic, qui convenitur, commodati actione sarcire compellitur. Nam etsi adversus ipsum habuit Aquiliae actionem commodator, aequissimum est, ut commodati agendo remittat actionem; nisi forte quis dixerit, agendo eum e lege Aquilia, hoc minus consecuturum, quam ex caussa commodati consecutus est, quod videtur habere rationem.

L. 47. pr. pro socio (17. 2.) Ulpianus lib. 30. ad Sabinum:

Sed si ex caussa furtiva condixero, cessabit pro socio actio, nisi si pluris mea intersit.

L. 34. pr. de O. et A. (44. 7.) Paulus libro sing. de concurrent. actionibus:

Qui servum alienum iniuriose verberat, ex uno facto incidit et (in) Aquiliam, et actionem

iniuriarum. — Sed quidam altera electa, alteram consumi; alii per legis Aquiliae actionem iniuriarum consumi, quoniam desiit bonum et aequum esse, condemnari eum, qui aestimationem praestitit; sed si ante iniuriarum actum esset, teneri eum ex lege Aquilia. Sed et haec sententia per praetorem inhibenda est, nisi in id, quod amplius ex lege Aquilia competit, agatur. Rationabilius itaque est, eam admitti sententiam, ut liceat ei, quam voluerit actionem prius exercere, quod autem amplius in altera est, etiam hoc exsequi.

L. 2. §. 3. de privat. del. (47. 1.) Ulpianus lib. 43. ad Sabinum:

Quaesitum est, si condictus fuerit ex caussa furtiva, an nihilominus lege Aquilia agi possit? Et scripsit Pomponius, agi posse, quia alterius aestimationis est legis Aquiliae actio, alterius ex caussa furtiva: namque Aquilia eam aestimationem complectitur, quanti eo anno plurimi fuit, condictio autem ex caussa furtiva non egreditur retrorsum iudicii accipiendi tempus.

L. 88. de furt. (47. 2.) Paulus lib. sing. de concurrent. actionibus:

Si quis egerit vi bonorum raptorum, etiam furti agere non potest. Quod si furti elegerit in duplum agere, potest et vi bonorum raptorum agere sic, ut non excederet quadruplum.

Man kann hier nun freylich mit den trocknen Regeln der grammatischen Auslegung insofern aushelfen, als man die Regel der ersten Fragmente durch die näheren Bestimmungen der letzten beschränkt, und sich theoretisch allenfalls damit tröstet, daß über diesen Punkt eine Uneinigkeit unter den Classikern Statt gefunden habe, welche nun aber dadurch, daß in die Pandekten neben die Regel auch die Ausnahme als Gesetz gestellt sey, den Practiker nicht weiter stören könne. Allein der letzte Trostgrund hat doch immer etwas Frostiges, und spricht bey dieser Gelegenheit um so weniger an, da dieselben Classiker, welche an dem einen Orte das Verschlingen der einen Klage durch die andre unbedingt behaupten, eben diejenigen sind, welche an andern Orten jenes Verschlingen nur auf die gleiche Summe beschränken. Folgende Bemerkungen, glaube ich, werden in der Hauptsache alle Schwierigkeiten heben.

In dem letzten Jahrhundert hat unsre Rechtswissenschaft eine eigne Wendung genommen. Der tiefe juristische Sinn, das Klare und Lebendige ist immer mehr geschwunden; aber dafür hat auch die logische Schärfe immer mehr zugenommen. Ueberall fein zugespitzte Definitionen, und

der scharfen Divisionen so viel, daß man sich so recht daran ersättigen kann! Dieß mußte auch um so mehr seyn, da ächte Philosophie möglichst aus Einem Grundgedanken alles ableitet, und da das positive Recht nolens volens philosophisch werden muß; daher man denn auch große Lehren, welche sich aus vielfachen Gründen so und so ausbildeten, durch gehörige Verflüchtigung in Eine Definition preßte, und dann wieder daraus ableitete. Ganz anders die Römischen Classiker! Wie auch noch jetzt bey Männern von tiefem und lebendigem Sinn, welche der logischen Dressur nicht theilhaft wurden, ist bey ihnen das: in media irruit immer an der Tagesordnung. Immer erst der gewöhnliche, der Hauptsatz, ohne alle Beschränkungen; immer erst hinterher, wo vielleicht das Factum eine ganz genaue Exposition erforderte, das kleinere Detail, die Limitationen und Amplificationen! Solcher, — man möchte sagen — bekniffenen und verclausulirten Definitionen, als man sie z. B. in Koch's Criminal-Recht auf jeder Seite findet, wird man keine einzige im ganzen Corpus iuris nachweisen können. In Responsis, so wie in den Decreten und Rescripten der Kaiser war jene Manier denn noch dazu ganz der Sache gemäß. Denn wenn für einen gegebenen Fall bloß die Regel durchgreift, warum soll man dann in der Entscheidung noch die, nicht zur Sache gehörigen Beschränkungen ängstlich aufzählen, oder in die Regel verflechten?

Wer also die juristischen Classiker begreifen, und ihrem Geist gemäß behandeln will, der muß überall erst aus der Vergleichung ihrer sämmtlichen Aeußerungen den schulgerechten Grundbegriff zu bilden suchen. Thut man dieß nicht, so ist man bey jeder Gelegenheit verloren. Nur folgende Beyspiele mögen zur Bestärkung des Gesagten an diesem Orte einen Platz finden. In einer ganzen Reihe von Fragmenten ist unbedingt gesagt, daß der Säumige die Gefahr der Sache trage [64]). Dennoch wird dieser Satz, zum Theil von den Verfassern eben jener Fragmente, an andern Orten ausdrücklich, und auch in Ansehung des Diebes [65]), dahin beschränkt, daß der Säumige von der Prästation des Zufalls frey sey, wenn er beweise, daß auch ohne seinen Verzug die Sache würde untergegangen seyn [66]). Eben so wird von reipersecutorischen Klagen aus Delicten wohl ganz allgemein gesagt, sie giengen nicht gegen die Erben [67]); und doch ist daneben oft eingeschärft, daß der

64) L. 40. de her. pet. (5. 3.) L. 15. §. 3. de R. V. (6. 1.) L. 12. §. 4. exhib. (10. 4.) L. 5. §. ult. de in lit. iureiur. (12. 3.) L. 23. de const. pec. (13. 5.) L. 47. §. 6. L. 108. §. 11. de legat. 1. (30.) L. 23. de V. O. (45. 1.).

65) Der bekannte Satz, daß Diebe in perpetua mora sind, sagt offenbar nichts dagegen. Denn er bezieht sich nur auf Anfang und Dauer des Verzugs, aber nicht auf dessen Wirkungen.

66) L. 14. §. 11. quod met. causs. (4. 2.) vergl. mit L. 1. §. 31. L. 19. de vi (43. 16.) L. 14. §. 1. depos. (16. 3.) L. 45. de O. et A. (44. 7.).

67) L. 4. §. 6. L. 5. 6. 7. de alienat. iudic. mut. caussa (4. 7.) L. 9. quod falso tutore auct. (27. 6.).

Erbe bis auf die Bereicherung hafte [68]). Dieselbe Beschränkung kommt auch in Betreff der durch Arglist veranlaßten Contracts-Klagen als Billigkeitssatz vor [69]); und doch steht die abweichende Regel des strengen Rechts an mehrern Orten ganz unbedingt [70]). Ein ferneres Beyspiel gibt die Lehre von der Rechtsunwissenheit in Beziehung auf die Frage, ob eine aus entschuldbarem Rechtsirrthum gezahlte Nichtschuld zurückgefordert werden könne? Nach mehreren Stellen, wo die Rückforderung nur wegen eines error facti gestattet, aber wegen eines error iuris allgemein verworfen wird [71]), scheint die Frage verneint werden zu müssen. Allein die allgemeinen und besondern Aeußerungen andrer Fragmente führen zu dem beschränkenden Satze, daß der entschuldbare Rechtsirrthum der condictio indebiti nicht im Wege steht [72]); wofür auch noch

68) L. 16. §. 2. quod met. causs. (4. 2.) L. 13. pr. L. 17. de dolo (4. 3.) L. 52. de R. V. (6. 1.) L. 9. §. 8. L. 10. de reb. auct. iud. (42. 5.) L. 3. pr. de vi (43. 16.) L. 44. de R. I. (50. 17.).

69) §. 1. I. de perpet. act. (4. 12.) L. 8. de fideiussor. et nominator. (27. 7.) Ein ähnliches Nachtragen der Billigkeit s. in L. 17. pr. sol. matr. (24. 3.) L. 21. de re iudic. (42. 1.).

70) L. 12. L. 49. de O. et A. (44. 7.) L. 121. §. ult. de V. O. (45. 1.) L. 152. §. ult. L. 157. §. 2. de R. I. (50. 17.).

71) L. 3. pr. ad sct. Maced. (14. 6.) L. 29. §. 1. mandati (17. 1.) L. 48. pr. de fideiussor. (46. 1.) L. 6. 10. C. de iur. ignor. (1. 18.) L. 6. 7. 9. C. de Leg. Falc. (6. 50.).

72) L. 14. L. 26. §. 12. L. 38. 40. 54. 59. de cond. indeb. (12. 6.) L. 5. C. eod. (4. 5.) L. 7. de cond. ob turp. causs. (12. 5.) L. 7. L. 9. §. 3. de iur. ignor. (22. 6.).

dieß entscheidet, daß an einer Stelle der Rechtsirrthum deswegen für unverzeihlich erklärt wird, weil man nicht stultis, sondern errantibus helfe, daß man also in der Regel den Rechtsirrthum für schuldvoll hielt [73]). Die von Paulus selbst ganz allgemein gestellten Worte: regula est, iuris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere [74]), zeigen allein schon, wie wenig unbedingt Römische Regeln zu nehmen sind. Denn darüber ist doch gar kein Zweifel, daß da und dort auch der Rechtsirrthum verziehen, und der Irrthum über facta nicht verziehen wird. Endlich kann auch auf eben diese Weise die Zulässigkeit eines titulus putativis, wenn über die Existenz eines nicht-existirenden Titels entschuldbar geirrt ist, recht gut für den Verjährenden abgeleitet werden. Selten wird zwar ein solcher Fall vorkommen, und so begreift man auch leicht, warum die Gesetze in der Regel immer von dem erforderlichen wahren, gerechten Titel reden [75]). Allein die gedachte Ausnahme für den Fall des verzeihlichen

73) L. 9. §. 5. eod. Mit dem certare de lucro captando hängt diese Stelle nicht zusammen, wie man gewöhnlich annimmt. Denn wer die Falcidia mit herausgibt, der zahlt aus dem Seinigen: L. 26. pr. ad leg. Falc. (35. 2.).

74) L. 9. pr. de iur. ignor. (22. 6.).

75) §. 11. I. de usuc. (2. 6.) L. 27. eod. (41. 3.) L. 2. §. 2. pro emt. (41. 4.) L. 1. pr. pro donat. (41. 6.) L. 6. pro derel. (41. 7.) L. 2. 3. pro legato (41. 8.) L. 24. C. de R. V. (3. 32.) L. 5. C. de praescr. l. t. (7. 33.).

Irrthums wird doch gemacht [76]), und so ist es gegen die Combinations-Pflicht des Auslegers, und gegen den Geist der Schreibart der juristischen Classiker, wenn man hier, ihrer Regel wegen, die Ausnahme bedenklich machte, oder ganz wegleugnete. — Uebrigens bietet fast jeder Pandekten-Titel noch andre Beyspiele der, wenn man es so nennen will, zu allgemeinen Schreibart der Römischen Juristen dar.

Diesem allen zufolge kann es also keinen Zweifel leiden, daß man die Regel annehmen muß: die gewonnene größere Klage verschlingt die kleinere ganz; aber umgekehrt wird durch das Gewinnen der letzten die erste nur bis auf die concurrente Summe verzehrt. Indeß haben doch noch folgende Fragmente den Vertheidigern jener Regel besonders viel zu schaffen gemacht:

L. 34. §. ult. de O. et A. (44. 7.) Paulus lib. sing. de concurrent. actionibus:

Hinc de colono responsum est, si aliquid ex fundo subtraxerit, teneri eum condictione, et furti, quin etiam ex locato; et poena quidem furti non confunditur, illae autem inter se miscentur. Et hoc in legis Aquiliae actione dicitur, si tibi commodavero vestimenta, et tu ea ruperis; utraeque enim actiones rei persecutionem continent. Et quidem post legis

76) L. 11. pro emt. (41. 4.) L. 5. §. 1. pro suo (41. 10.).

Aquiliae actionem utique commodati finietur; post commodati, an Aquiliae remaneat in eo, quod in repetitione triginta dierum amplius est, dubitatur. *Sed verius est remanere, quia simplo accedit, et simplo subducto locum non habet.*

So ist die Lesart des Florentinischen Manuscripts, und andrer Handschriften. Uebersetzt man nun dabey das: subducto durch: nach vorgängigem Abzuge, so ist das Fragment in sich widersprechend. Denn erst sagt der Jurist: remanere, und dann leugnet er dieß gleich wieder durch das: locum non habet. Daher hat denn Cuiacius [77]) fortwährend darauf bestanden, man müsse das letzte non wegwerfen, und locum habet lesen, worin ihm auch Andre beypflichteten [78]). Damit wären nun freylich alle Schwierigkeiten gehoben, und wenn sonst kein andrer Ausweg Statt fände, so ließe sich die Sache hören, Theils als Critik, wegen der aus dem Zusammenhange sich ergebenden offenbaren Nothwendigkeit, Theils weil wirk-

77) Obs. L. 3. c. 25. (op. T. 3. p. 74. 75.) ad Tit. de R. V. ad L. 13. 14. 15. (op T. 7. p. 261.) ad L. 34. §. ult. de V. O. (op. T. 8. p. 365. 366.) ad L. 130. de R. I. (op. T. 8. p. 717. 828.) Controvers. Roberti et Cuiacii c. 30. (op. T. 10. p. 130. 131.).

78) Hotomannus obs. L. 8. c. 19. Pothier Pand. Iust. T. 3. p. 285. Hilliger ad Donellum L. 21. c. 3. Lit. Q. Voet comm. L. 9. T. 2. §. 31.

lich auch Handschriften jenes non nicht haben [79]). Weiß man indeß, daß subducere auch oft, und zwar im recht classischen Latein, so viel heißt, als: positiv in Ansatz bringen [80]), so kann man ganz bey der Florentinischen Lesart bleiben, und dann sagt Paulus bloß: die actio legis Aquiliae bleibe übrig, aber das schon erhaltene simplum dürfe dabey nicht in Ansatz gebracht werden [81]). Auf diese Art kann man denn einer dritten Interpretation ausweichen, welche, obgleich sie einen großen Vertheidiger gefunden hat [82]), dennoch den Vorwurf verdient, daß sie alles verwirrt. Man soll nämlich danach zwar das: locum non habet beybehalten, aber vor remanere ein: non einschieben, wie es sich wirklich in Handschriften findet [83]). Unter dieser Voraussetzung soll denn Paulus wirklich haben sagen wollen: die actio legis Aquiliae finde nicht auf den Ueberschuß Statt, weil dieser Ueberschuß nur eine accessio sey, also nach aufgehobener Principal-Klage nicht mehr Statt finde. Allein dann wäre Paulus mit

79) Dieß bezeugt Baudoza in seiner Ausgabe.

80) Belege dafür hat Averanius int. L. 3. c. 15. n. 8.

81) P. Faber ad L. 130. de R. I. Merillius obs. L. 4. c. 38. Suarez l. c. L. 3. c. 3. n. 13. Finestres l. c. §. 38. Vianen l. c. cap. 2. §. 6. Iauchius negat. Pand. p. 200.

82) Averanius int. L. 3. c. 15. n. 1—5. 8.

83) S. die Angaben der Glossatoren, Baudoza, und Augustinus emend. L. 1. c. 3. (Otto Thes. T. 4. p. 1442. 1443.) Forster de iur interpr. L. 1. c. 2. n. 15. (Otto Thes. T. 2. p. 961.).

Ulpianus [84]) im graden Widerstreit, ja sogar mit sich selbst [85]), und mit aller Rechtsanalogie. Denn wenn Jemand ohne seine Schuld bey Anstellung einer Klage die Accessionen nicht erhält, so kann er sie besonders nachfordern [86]); auch ist der Ueberschuß der actio legis Aquiliae eine reine Strafe, also durchaus etwas Selbstständiges, und keine accessio [87]). Daher auch die, ohnehin matte Ausflucht einiger Glossatoren nicht paßt, daß Paulus hier nur vom strengen Recht rede, aber nichts dagegen habe, daß man nach der Billigkeit das Nachklagen gestatte.

Weit schwieriger ist folgendes Fragment:

L. 41. §. 1. de O. et A. (44. 7.) Ulpianus lib. 20. ad edictum:

Si eodem facto duae competant actiones, postea, iudicis potius partes esse, ut quo plus sit in reliqua actione, id actor ferat; si tantundem, aut minus, id consequatur.

84) L. 7. §. 1. commod. (13. 6.).

85) L. 34. pr. de O. et A. (44. 7.).

86) L. 5. pr. de act. emt. (19. 1.) L. 66. §. 6. de legat. 2. (31.) L. 131. §. 1. de V. O. (45. 1.) L. 20. 27. de solut. (46. 3.).

87) Cuiacius in Controversiae Roberti et Cuiacii c. 30. (op. T. 10. p. 130. 131.).

Man hat die wunderlichsten Erklärungen dieses Fragments gewagt, welche aber nicht des Nennens werth sind [88]). Denn der ganz offenbare Sinn ist, daß das Nachklagen auch auf die concurrente Summe, welche schon durch die andere Klage erhalten war, Statt finde, und das ist eine reine Ungereimtheit, wenigstens eine tolle Paradoxie, deren Ulpianus, namentlich auch nach seinen übrigen Aeußerungen für diese Lehre, am wenigsten fähig war. Setzt man durch Critik Statt: id: nil, so ist alles in der vollesten Ordnung. Diese Besserung hat denn auch für sich, daß sie einfach und natürlich ist, und daß sie von dem größten Civilisten erfunden, und fortwährend vertheidigt ward [89]). Mit derselben Leichtigkeit kann man aber auch setzen: id non sequatur [90]).

Uebrigens muß der bisher ausgeführte Satz, daß nach dem Gewinnen der kleineren Klage die größere noch bis auf ihren Ueberschuß Statt finde, in dem einen Fall nicht an-

88) Merillius var. ex Cuiac. c. 10. Robertus recept. lect. L. 2. c. 25. Hilliger ad Donellum L. 21. c. 3. Lit. 5. Iauch de negat. Pand. p. 183.

89) Obs. L. 3. c. 25. L. 15. c. 23. (op. T. 3. p. 74. 75. 445.) In Lib. 22. Pauli ad edict. ad L. 41. §. 1. de O. et A. (op. T. 5. p. 334.) ad Tit. de V. O. ad L. 41. §. 1. eod. (op. T. 8. p. 363.) Contr. Roberti et Cuiacii c. 30. (op. T. 10. p. 130.) Dafür sind auch: Hotomannus quaest. illustr. n. 28. Balduinus de leg. Aquil. p. 236. P. Faber ad L. 130. de R. I. Suarez de Mendoza l. c. Lib. 3. c. 2. Sect. 1.

90) Savigny de concurs. delict. formali p. 29.

genommen werden, wenn das Gewinnen der kleineren Klage den Grund der größeren aufhebt, mithin nun die Anstellung der letzten unmöglich wird. Man nehme den Fall, daß der entsetzte Eigenthümer sich zuerst nicht der, ihm zustehenden größten Klage, der rei vindicatio, sondern der kleineren, des interdicti unde vi, bedient, und siegt. Hier muß die rei vindicatio wegfallen, weil dieser Sieg den Besitz gibt, die rei vindicatio aber nur von dem Nichtbesitzer gegen den Besitzer angestellt werden kann. Zu diesen Ausnahmen darf aber nicht das sogenannte Erlöschen einer actio arbitraria durch das Durchsetzen einer non-arbitraria gezählt werden. Es hat damit diese Bewandniß. Das Römische Recht verordnet in manchen Fällen, daß der Beklagte, welcher an sich nur ein simplum zu leisten hat, des arglistigen Leugnens oder des Ungehorsams wegen zur Strafe auf das Doppelte oder Vierfache verurtheilt werden könne [91]). Wird nun der Beklagte auf das simplum belangt, und läßt er sich jene Vergehen nicht zu Schulden kommen, so darf nachher freylich nicht auf die condemnatio in duplum oder quadruplum angetragen werden [92]). Allein man muß dann, wie es auch schon die Glosse bemerkt hat [93]), nicht sagen, daß die kleinere Klage die größere verschlinge,

91) Mein Pand. System. §. 69. 963. 1006.

92) L. 9. §. 6. quod m. causs. (4. 2.) Cuiacius Obs. L. 8. c. 24. (op. T. 3. p. 209.) Frommann l. c. §. 36.

93) ad L. 9. §. 6. cit.

sondern: das ungestörte Durchsetzen der kleineren Klage verhindert ganz und gar das Entstehen der größeren, und es ist nun anzunehmen, daß dem Kläger bloß Eine Klage zustand.

Nach diesen Voraussetzungen kann ich denn nun auch noch am Schluß dieser Abtheilung ein Paar dahin gehörende Gesetze berühren, welche in der That große Schwierigkeiten haben. Es sind diese:

L. 1. §. 21. de tutelae et rat. distr. (27. 3.) Ulpianus lib. 36. ad edictum:

In tutela ex una obligatione duas esse actiones constat: et ideo, sive tutelae fuerit actum, de rationibus distrahendis agi non potest, sive contra, tutelae actio, quod ad speciem istam, peremta est.

L. 2. ibid. Paulus lib. 8. ad Sabinum:

Actione de rationibus distrahendis nemo tenetur, nisi qui in tutela gerenda rem ex bonis pupilli abstulerit. §. 1. Quod si furandi animo fecit, etiam furti tenetur. Utraque autem actione obligatur, et altera alteram non tollet. Sed et condictio ex furtiva caussa competit, per quam si consecutus fuerit pupillus quod fuerit ablatum, tollitur hoc iudicium, quia nihil

absit pupillo. §. 2. Haec actio, licet in duplum sit, in simplo rei persecutionem continet; non tota dupli poena est.

Diese letzte Bemerkung macht nun jene Entscheidung ganz problematisch. Ist nämlich bey der actio rationibus distrahendis nur die eine Hälfte reipersecutorisch, die andre aber eine reine Strafe, so ist es nach allgemeinen Grundsätzen, und den sonstigen Aeußerungen von Ulpianus und Paulus unerklärbar, wie das Einfordern des bloßen Schadensersatzes von der Klage auf die Strafe ausschließen kann. Manche haben sich hier deswegen durch die Bemerkung geholfen: es werde oft von den Classikern unbedingt gesagt, die kleinere Klage verschlinge die größere, aber immer folge hinterher die Einschränkung, daß dieß nur von der concurrenten Summe zu verstehen sey; und diese Einschränkung sey denn auch bey jenen Fragmenten zu subintelligiren [94]). Nach den obigen Erörterungen kann nun freylich dieser Ausweg an sich nicht gewaltsam genannt werden; allein kleine Zweifel bleiben doch dabey, weil es etwas sonderbar wäre, wie grade in dem Titel, wo ex professo von der actio rationibus distrahendis gehandelt wird, zweymal jene so wichtige Einschränkung vergessen werden konnte. Indeß ließe sich dagegen wieder einwenden, daß jene Einschränkung

94) Hahn ad Wesemb. L. 27. T. 3. n. 6. Voet comm. ib. §. 19.

auch an andern Orten vergessen ist, und daß der Mangel an Vollständigkeit in den Pandekten selten etwas beweist, weil die Compilatoren nicht weiter gingen, als es zufällig etwas zu excerpiren gab. Wären z. B. die Verfasser der Pandekten auf nichts gestoßen, als was in L. 13. pr. de dolo (4. 3.) steht, so enthielte der Titel de dolo den unbedingten Satz: adversus heredes de dolo actio erit danda. Allein an einer andern Stelle war glücklicher Weise noch zu lesen: Haec actio in heredem et ceteros successores datur, duntaxat de eo, quod ad eos pervenit, und so lassen sie denn in L. 17. §. 1. cod. diese Einschränkung hinterherfolgen. Mehr Bedenken erregen dagegen die von beyden Juristen angeführten, freylich verschiedenen Entscheidungsgründe (das: ex una obligatione, und: quia nihil absit); aber auch dagegen könnte man wiederum erinnern, daß die Entscheidungsgründe der Classiker bey Weitem nicht so oft richtig sind, als ihre Resultate [95]), und daß besonders Ulpianus in der Ableitung positiver Sätze schwach war [96]). Bey diesen Umständen war es indeß natürlich, daß andre Ausleger einen festern Boden zu finden suchten. Cujacius kam auf die Idee, die actio

95) Walch ad Eckhard herm. iur. §. 33. P. I. de Fremery de rationibus veter. ICtorum. Lugd. Bat. 1801. c. 1. §. 2. cap. 4.

96) Vergl. z. B. L. 7. §. 2. de cond. furtiv. (13. 1.) mit den Quaten dieser Abhandlung in Nota 68.

rationibus distrahendis sey eine actio arbitraria, und wachse erst durch Widerspänstigkeit aufs Doppelte, welche Idee bey ihm immer wiederkehrt [97]). Allein er hat auch nicht durch ein einziges Wort ihre Wahrheit erwiesen, und insofern mit Recht vielen Widerspruch gefunden [98]). Andre suchten daher der Sache so beyzukommen: wer die actio tutelae zuerst anstellte, der bringe die ganze obligatio tutelae zur Sprache, und hebe diesen Klaggrund durch seinen Sieg auf; mithin müsse nachher die auf demselben Grunde beruhende actio rationibus distrahendis wegfallen [99]). Allein warum soll man aus demselben Grunde nicht mehrmals klagen können, wenn man durch die erste Klage nicht erhielt, was man durch dieselbe nicht erhalten konnte? und paßt dieses Raisonnement auch nur entfernt auf den, von Paulus erwähnten Fall? So ist es denn allenfalls verzeihlich, daß Alef [100]) in der Angst das: *quia* nihil absit in: *qua* nihil absit umwandelte; aber auch mehr nicht, als verzeihlich. Denn Ulpians ähnliche Entscheidung wird damit nicht gebessert. Vielleicht hat folgende Idee noch mehr für sich, als alle andern. Der wört-

97) ad §. 31. I. de act. (op T. 1. p. 261.) Obs. L. 8. c. 21. (op. T. 3. p. 209.) ad Lib. 29. Pauli ad edict. ad L. 48. ad L. Aquil. (op. T. 5. p. 583.) Comm. in Tit. de R. I. ad L. 130. (op. T. 5. p. 717. 828.).

98) Alef Diss. cit. §. 25.

99) Maranus ad Pand. L. 27. T. 3. Voorda elect. c. 27.

100) Diss. cit. l. c.

liche Inhalt des Edicts über die actio rationibus distrahendis ist uns gänzlich unbekannt. So gut als es nach der Conjectur von Bynkershoek [101]) so gelautet haben kann: Rationibus distrahendis pupilli si quis tutor dolo malo occasionem praebuerit, duplo luat, so gut konnte es auch heißen: quod ex ratione tutelae pupillo abest, tutor duplo restituat [102]). Ganz vorsichtig wäre nun zwar die letzte Fassung nicht gewesen; aber das ist es grade, was man so oft bey Römischen Gesetzen vermißt. Lautete nun aber das Edict auf diese Weise, so konnte nach Regeln der grammatischen Auslegung keine weitere Klage der bloßen falschen Rechnung wegen gestattet werden, weil nun das: abest nicht mehr eintrat. So paßt denn auch der von Paulus angegebene Grund, und so allein. Denn was hat das non abesse, auch wo ein gleicher Klaggrund ist, mit dem nachherigen Einfordern einer bloßen Strafe zu thun? Auch bestärkt eben dieser von Paulus angegebene Grund jene Vermuthung über die Fassung des Edicts. Denn Paulus zeichnet sich vor vielen andern Classikern durch Schärfe der Deduction, und auch dadurch aus daß er die Worte stets mit höchster Strenge nahm [103]).

101) Obs. L. 6. c. 8.

102) Finestres l. c. §. 47.

103) l. 3. L. 25. de liberat. leg. (34. 3.), ein freylich wenig verstandenes Fragment, welches aber ganz klar wird, wenn man, mit Rücksicht auf den eignen Styl des Paulus, die Worte: sed poterit hoc dici — — damnas esto non petere, als eine Frage nimmt, worauf

Der Exegese wegen war die bisherige weitläuftige Erörterung des ersten Falles nothwendig. Die übrigen Fälle lassen sich nun sehr leicht in der Kürze so entscheiden:

B) Die kleinere Klage wird verloren. Dann ist der Kläger nach dem sechsten Hauptgrundsatze zur Anstellung der größeren Klage aus andern Gründen allerdings befugt, z. B. zur Anstellung der rei vindicatio, wenn ihm das interdictum unde vi mißlang.

C) Dasselbe gilt wegen des siebenten Hauptgrundsatzes, wenn er die zuerst angestellte kleinere Klage bloß aufgab.

b) Beruhen dagegen die Klagen auf demselben Grunde, wie es bey den mit den actio vi bonorum raptorum concurrirenden Diebstahlsklagen der Fall ist [104]), so unterscheide man

A) Der Kläger siegt bey früherer Anstellung der kleineren Klage. Dann kann er, wie vorhin gezeigt wurde, den Ueberschuß der größeren durch diese in der Regel noch nachfordern.

B) Die Klage wird verworfen. Ist dieß, so fällt nach dem sechsten Hauptgrundsatze nun auch die andere Klage weg, weil mit jener ihr Grund vernichtet ist.

denn, wenn sie fragend ausgesprochen wurden, sich die Antwort von selbst verstand.

104) pr. I. de vi bonor. rapt. (4. 2.).

C) Sie wird bloß aufgegeben. Dann hat der Kläger nach dem siebenten Hauptgrundsatze sein Recht auf dieses Object aus diesem Grunde verloren. Er kann also die größere Klage nachher nicht auf dasjenige richten, was ihr mit der kleineren gemein war, besonders jetzt nicht, wo, wie gesagt, die verschiedenen Namen der Klagen ganz unbedeutend sind; aber der Nachforderung des Ueberschusses der größeren Klage steht nichts entgegen. Die Sache ist im Grunde eben so, als wenn Jemand aus Einem Obligations-Grunde Eine Klage auf 100 hat, und nun erst bloß 50 fordert. Gibt er dann diese Klage auf, so sind diese 50 für ihn verloren, aber wegen der andern 50, von denen bisher nicht die Sprache war, bleibt ihm nach wie vor sein anfängliches Klagrecht [105].

II) Die subjective Concurrenz befaßt alle Fälle, da aus der activen oder passiven Mehrheit der Subjecte eine Mehrheit der Klagen entsteht, wobey denn die drey Fälle denkbar sind: Eine Person hat Klagen gegen mehrere; mehrere haben Klagen gegen Eine; mehrere können gegen mehrere klagen. Die Grundsätze dieser Concurrenz sind nun unendlich einfacher, als die der objectiven, da hier der Hauptsatz entscheidet, daß Handlungen, welche man in Beziehung auf die eine Person vornahm, der andren Person weder schaden, noch nutzen, daß also das Gewinnen, Verlieren oder

105) L. 7. §. 2. de except. rei iudic. (44. 2.).

Aufgeben der einen Klage in Verhältniß zu Einer Person, von dem Anstellen dieser, oder einer andern Klage, gegen andre Personen nicht ausschließt [106]). Ausnahmen, oder Ampliationen finden nur Statt:

1) Wenn bey einer solchen Mehrheit der Klagen eine Einheit des Gegenstandes Statt findet, wie bey Correis. Dann kann natürlich das wirklich erhaltene Object nicht noch einmal von andern Personen, oder durch andre Personen eingefordert werden [107]).

2) Wenn und inwiefern mehrere physische Personen juristisch als Eine zu betrachten sind. Dann gilt, was für und wider die Eine erkannt ist, auch gegen die andre. Fälle der Art kommen vor bey Hausvätern und Haussöhnen [108]), bey Correis [109]), bey allen Arten der Nachfolger [110]), und bey denen, welche die unerlaubten Handlungen eines Andern zu vertreten haben, wo die, zu verantwortende Handlung nur Einmal untersucht werden soll,

106) §. 1. I. de duob. reis (3. 17.) §. 2. I. de iniur. (4. 4.) L. 9. de transact. (2. 15.) L. 18. §. 3. de const. pec. (13. 5.) L. 1. 22. de except. rei iudic. (44. 2.). Tit. C. inter alios acta (7. 60.).

107) §. 1. I. de duob. reis (3. 17.) L. 32. pr. de peeul. (15. 1.) L. 5. de fideiussor. (46. 1.) L. 28. C. de fideiussor. (8. 41.).

108) L. 11. §. 8. de except. rei iudic. (44. 2.).

109) L. 27. 28. de iureiur. (12. 2.) L. 28. C. de fideiussor (18. 14.).

110) L. 11. §. 9. 10. L. 28. de except. rei iudicat. (44. 2.).

wo also schon die bloße, wenigstens überlegte, Wahl gegen den Einen das Klagrecht gegen den Andern aufhebt [111]). Die letzten Sätze hätten freylich, nach dem Hauptgrundsatz dieser Art der Concurrenz, umgekehrt gestellt werden können, und so war denn auch über Einen solchen Fall unter den Classikern Streit, den aber Justinians Milde gleichfalls zum Nachtheil des Wählenden entschied [112]).

111) L. 3. §. ult. L. 6. §. ult. nautae (4. 9.) S. auch darüber Finestres §. 33. Vianen c. 3. §. 2. Suarez de Mendoza L. 3. c. 2. Sect. 1. Alef §. 13. 23.

112) L. ult. pr. §. 1. 2. C. de furtis. (6. 2.) Sonderbare Philosophien darüber hat Alef §. 22.

Zehnte Abhandlung.

Ueber die Arten das Corpus Iuris Romani zu allegiren.

Man hat bisher die einzelnen Theile des Corpus iuris Romani sehr verschieden citirt, selbst in der letzten Zeit, wo man die natürlichste Citirart geltend machen wollte. Bey dem Unterricht über die bisherigen Citir-Methoden *) vergißt man gewöhnlich ganz, oder größtentheils, die wichtigste, nämlich die der Glossatoren, ohne deren Kenntniß man die Glosse gar nicht verstehen kann, selbst nicht in den neuesten glossirten Ausgaben des corpus iuris, indem diese bloß einige Abbreviaturen weniger haben, sonst aber ganz die Citate der Glossatoren in ihrer ursprünglichen Form wie-

*) Höpfner Comm. §. 6 — 13. Haubold praecognita p. 83—86. Hugo Civ. Mag. 4. B. 2. St. nr. VIII. Dessen Encycl. 4. Aufl. §. 110. III. Schrader in Hugo Civ. Mag. 4. B. S. 408—410.

dergeben. Es ist kaum zu sagen, wie auch durch diesen Umstand das, so unendlich wichtige Studium der Glosse immer mehr gesunken ist. Die Studierenden auf Academien wissen fast nie etwas von der Citir-Art der Glossatoren, und die Richter und Anwälde sind gewöhnlich in derselben Lage, wie ich aus vielen Erfahrungen weiß. Daher ist es denn wohl der Mühe werth, die ganze Sache einmal ordentlich zur Sprache zu bringen. Folgende Bemerkungen, wobey freylich der Vollständigkeit wegen manches vorkommen muß, was nur den Anfänger gelehrt zu werden braucht, werden so ziemlich alles Wesentliche enthalten.

I.) Die Institutionen bezeichnet man jetzt allgemein durch I. oder Inst., und that es auch schon lange vorher. Die Glossatoren und ihre ersten Nachfolger bezeichnen sie durch: inst. oder ist. oder instit. oder institu. — Für die Pandekten hat man diese Zeichen: P. oder p. oder π (pandectae), oder D., oder Dig. (Digesta), oder ff. Das letzte Zeichen, dessen sich die Glossatoren in der Regel bedienen, ist aus einem verdorbenen Longobardischen D. entstanden *).

Der Codex wird stets durch: C. oder Cod. angedeutet. Die Novellen Justinians bezeichnen die Glossatoren durch: autent. oder authent. oder aut. oder auth. (authenticae

*) A. W. Cramer de sigla Digestorum ff. Kil. 1795. (im Auszuge in Hugo Civ. Mag. 3. Bd. 1. Heft. n. 6.)

constitutiones), später aber setzte man dafür: Nov. oder N. (Novella), welches letzte um so mehr Beyfall verdient, da die von den Glossatoren aus Justinians Novellen, und einigen Verordnungen der Kaiser Friedrich I. und II. gemachten Auszüge auch Authenticae, und zwar vorzugsweise so heißen, und unter diesem Namen stets allegirt sind. Zuweilen schreiben die Glossatoren auch No.

II.) In den jetzigen Ausgaben sind die Titel der Institutionen, und die einzelnen etwas größeren Fragmente der Pandekten und des Codex in numerirte Paragraphen eingetheilt, und die Fragmente der Pandekten und des Codex numerirt. Auch die einzelnen Titel der Institutionen, der Pandekten und des Codex sind in diesen Ausgaben durch Zahlen bezeichnet. Eben so sind die 168 Novellen der neueren Ausgaben fortlaufend numerirt, und in der Regel ist jede Novelle wieder eingetheilt in eine praefatio, in numerirte capita, und einen epilogus. Die capita zerfallen oft wieder in numerirte Paragraphen. In den alten Ausgaben dagegen (und so auch in den Manuscripten) gibt es keine numerirte Fragmente, Titel, Paragraphen und capita. Bloß die Bücher der Institutionen, der Pandekten, und des Codex, und die Collationen der Novellen sind durch Zahlen bezeichnet. Indeß schieden doch auch schon die Glossatoren nach Paragraphen, und das Paragraphen-Zeichen findet sich oft in Manuscripten und alten Ausgaben des Corpus iuris, jedoch keineswegs überall gleich, daher

denn auch die neueren gedruckten Ausgaben, welche numerirte Paragraphen haben, in der Zahl der Paragraphen nicht selten von einander abweichen. Will man nur auf gewisse Worte eines Paragraphen oder einer Stelle hindeuten, so setzt man zu dem Citat: verb. oder in verb. (verbis, in verbis), und dann die anzudeutenden Worte, oder ihre Anfangsworte. Die Glossatoren setzen dagegen: ver. oder versi. (versiculo, versibus), oder: ibi, nebst den befraglichen Worten, oder deren Anfangsworten.

III.) Jedes einzelne Fragment in den Pandekten und dem Codex hat man seit der Glosse Lex genannt. Die Glossatoren bezeichnen dieß durch l., spätere Juristen durch L. Weil nicht alle sogenannten Leges wirkliche Rechtssätze enthalten, so haben manche Neuere statt L. ein c. (caput) gesetzt, oder die Fragmente der Pandekten durch fr. (fragmentum), die des Codex aber durch c., C., oder const. (constitutio) bezeichnet.

IV.) Man muß zwey Arten des Citirens unterscheiden, das selbstständige, wie man es nennen kann, wenn man einen Theil des corpus iuris gradezu durch Angabe seines Platzes citirt, und das relative, wenn man einen Theil durch Angabe des Ortsverhältnisses desselben zu einer andern Stelle allegirt. In Ansehung des ersten kann man vier Perioden unterscheiden:

1) Periode der Glossatoren. Diese citirten

A) die Institutionen, die Pandekten und den Codex auf folgende Art: Zuerst ward das Hauptwerk angedeutet, dann die Rubrik des Titels, woraus eine Stelle zu citiren war, und dann bey einem Citat aus den Institutionen der zu citirende Paragraph nach dem Anfangswort, oder den Anfangsworten, bey einer zu citirenden Lex der Pandekten und des Codex aber das Anfangswort, oder die Anfangsworte der Lex, und, wenn daraus ein Paragraph citirt werden sollte, das Anfangswort, oder die Anfangsworte desselben. So schrieben sie also z. B. statt J. L. 2. T. 1. §. 13.:

inst. de rer. div. §. illud quaesitum

Statt: P. L. 6. T. 1. fr. 23. §. 6.:

ff. de rei vind. l. in rem. §. tignum

und statt: Cod. L. 2. T. 3. const. 8.:

C. de pactis l. si pascenda.

Der Grund dieser Methode war, weil sie, wie gesagt, keine numerirte Titel, Leges und Paragraphen in den Manuscripten hatten. Hier war es denn sicherer, mit den Worten zu citiren, als das unsichere, noch dazu in der Regel sehr schwierige Nachzählen nothwendig zu machen. Die Glossatoren citiren indeß mit Zahlen (und zwar stets mit Römischen), oder zahlenähnlich, wo es möglich, räthlich, und nothwendig ist. Der Leichtigkeit wegen setzen sie bloß die Zahl, wenn nur die ersten 1. 2. 3. 4. Leges eines Titels, oder die ersten Paragraphen einer Lex, oder

eines Titels zu citiren sind, also z. B. statt: P. L. 6. T. 1. fr. 4.:

ff. de rei vind. l. iiij.

und statt Pand. L. 6. T. 1. fr. 17. §. 1.:

ff. de rei vind. l. Julianus §. j.

Deswegen bezeichnen sie auch den ersten Satz eines Titels der Institutionen, oder eines Fragments der Pandekten und des Codex durch: pr. oder princ. (principium), und das letzte Fragment eines Titels durch: l. fi. oder fina. (finalis), oder ult. (ultima), das vorletzte durch: l. penult. oder penu. oder pe. (penultima), und das nächstvorletzte durch: l. antepen. oder antepenu. oder antepenult. (antepenultima.) Dieß fi. und pe. penult. u. s. w. kommt denn auch bey citirten Paragraphen vor. Daher citirten sie auch bloß nach Zahlen, wenn das erste Fragment eines Buchs zu citiren war. So ward z. B. Cod. L. 2. T. 1. const. 1. so citirt:

C. l. j. Libri ij. (Codicis Lex 1. Libri 2.). Für räthlich hielten sie es, bey einem Citat aus den drey letzten Büchern des Codex die Zahl des Buchs anzugeben, weil jene drey Bücher, wegen ihres unpractischen Inhalts weniger gelesen wurden, ihre Titelfolge also den Studierenden und Juristen nicht so geläufig war *). So wurde

*) H. C. Baro de Senkenberg disquis. de usu trium ultimor. libror. codicis. §. 2. (in E. Berger codicis Iustinianei illustrationes.)

z. B. die sechste Constitution im Cod. L. 10. T. 31. so allegirt:

C. de decurion. l. expertes lib. X.

Der Nothwendigkeit wegen aber setzte man die Zahl, wenn in einem Titel mehrere Stellen sind, welche gleiche Anfangsworte haben, also danach allein noch nicht zu unterscheiden sind. So stehen in den Pandekten L. 4. T. 2. mehrere Fragmente, welche mit metum anfangen, nämlich L. 5. 6. 9. Wollte man nun bloß die L. 9. citiren, so mußte man entweder noch mehr Anfangsworte schreiben, damit eine scharfe Unterscheidung herauskomme, mithin so schreiben:

ff. quod met. l. metum autem praesentem,

welches auch wohl geschah, oder man mußte angeben, daß das dritte der Fragmente, welche mit metum anfangen, citirt seyn solle. Das letzte geschah am häufigsten, und hier ward denn jenes Fragment so citirt:

ff. quod met. l. metum iij.

Eben so mußte man der Nothwendigkeit wegen die drey Bücher de legatis, welche in den Pandekten L. 30. 31. 32. stehen, durch ein dem: de legatis angehängtes j. ij. oder iij. unterscheiden (man spricht dieß aus: de legatis primo, de legatis secundo, de legatis tertio).

B) Justinians Novellen waren in den Manuscripten der Glossatoren nicht numerirt, doch hatte man darin die gangbarsten Novellen in 9 Collationen getheilt, welche numerirt waren. In jeder Collation stand denn eine Anzahl

von Novellen, jede entweder ohne alle Eintheilung, oder in Paragraphen getheilt, wobey keine Zahl stand. Eine einzelne Novelle nannte man Titulus. Ueber jeder Novelle steht eine kurze Inhaltsanzeige (Rubrik). Dem zufolge allegirten also die Glossatoren die Novellen so: erst das Zeichen der Novellen, dann die Anfangsworte der Rubrik der einzelnen zu citirenden Novellen, dann die Anfangsworte des Paragraphen, und dann die Zahl der, durch: co. oder col. oder C. oder colla. bezeichneten Collation, also z. B. statt: Nov. 19. c. 1.:

in autent. de filiis ante dotalia
§. quia vero. colla. iiij.

Das si fina. penult. j. ij. u. s. w. kommt auch hier vor, wie bey den andern Theilen, so weit es hier möglich ist.

C) Die Auszüge, welche man vorzugsweise Autenticas nennt, allegirte man durch Angabe des Titels, wo sie stehen (also in der Regel eines Titels des Codex), und dann durch ihre Anfangsworte. Die Authentike also z. B., welche im Codex L. 3. T. 1. hinter Lex. 5. steht, allegirte man so:

C. de iudiciis. autent. ad haec.

2) In der Periode von den ersten Nachfolgern der Glossatoren, bis dahin, daß in den Ausgaben die Titel, Fragmente und Paragraphen, und die Novellen fortlaufend numerirt, und in numerirte Capita eingetheilt wurden, änderte sich fast nur dieß, das man da, wo nach dem

Obigen die Glossatoren Zahlen gebrauchten, statt Römischer Zahlen Arabische setzte, und nicht erst den Titel, und dann die daraus zu citirende Stelle, sondern umgekehrt, indem man das Zeichen des Werks vor den Titel, also nun in die Mitte setzte. Man schrieb also z. B. statt:

ff. de rei vind. l. in rem

vielmehr:

l. in rem ff. de rei vind.

und statt:

C. de iudiciis. autent. ad haec.

vielmehr:

autent. ad haec C. de iudic.

Diese Citirart findet sich denn auch in den neueren glossirten Ausgaben des corpus iuris in dem Theil der Glosse, den sie, unter der Ueberschrift: additio, da und dort aus den Schriften der Juristen dieser zweyten Periode gezogen haben.

3) Seit den numerirten Ausgaben bis auf die neuere Zeit variirte man sehr. Viele behielten die Allegirart der zweyten Periode bey, die Mehrsten aber ließen Alle Anfangsworte der Fragmente und Paragraphen weg, und setzten bloß ihre Zahlen, dann das Zeichen des Werks, und dann die Rubrik des zu citirenden Titels, also z. B. um Pand. L. 4. T. 3. fr. 9. §. 4. zu bezeichnen, so:

L. 9. §. 4. D. de dolo.

statt Inst. L. 3. T. 12. §. 2. so:

§. 2. J. de eo cui libertat. causs.

und bey Citaten aus dem Codex auf gleiche Art. Manche verbanden diese Citirart mit der der zweyten Periode, setzten also Anfangsworte und Zahl, z. B. statt P. L. 26. T. 1. fr. 6. §. 3.:

L. multo 6. §. Surdo. 3. D. de tutelis.

Die Novellen citirte man auch immer mehr einfach nach ihrer Zahl, der Zahl des Capitels und des Paragraphen, z. B. so:

Nov. 7. c. 2. §. 1.

Die Beybehaltung der älteren Citirart nach Collationen und Titeln hätte nun auch um so weniger genutzt, da in den neueren Ausgaben, welche freylich auch noch in Collationen und Titel getheilt sind, weit mehr Novellen stehen, als in der Novellen-Sammlung der Glossatoren, und zum Theil auch in einer ganz andern Ordnung, ein neueres Citat nach den Collationen und Titeln der gangbaren Ausgaben also etwas ganz anderes, als ein eben so lautendes Citat eines Glossators andeuten würde. Daher kann man denn auch die Novellen-Citate der Glossatoren nach Collationen und Titeln nicht gradezu in den neueren Ausgaben auffinden, sondern man muß zu diesem Zweck entweder eine alte, vor Contius erschienene Ausgabe gebrauchen, oder ein Register zur Hand haben, welches angibt, wo die Novellen, welche gewöhnlich nur in den Manuscripten und alten Ausgaben stehen, sich in den jetzigen Ausgaben

finden, in welcher Ordnung sie die alten Ausgaben haben, und welche Novellen in jede Collation gehörten? Folgendes ist ein solches Register: Collatio I. enthielt: Nov. 1. 2. 3. 4. 5. 6. Collatio II. Nov. 7. 8. *) 9. 10. 12. 14. Collatio III. Nov. 15. 16. 17. 18. 19. 20. Collatio IV. Nov. 22. 23. 105. 33. 34. 39. 44. Collatio V. Nov. 46. 48. 47. 51. 52. 53. 54. 55. 56. 57. 49. 58. 60. 61. 63. 66. 67. 71. 70. 69. Collatio VI. Nov. 74. 72. 73. 76. 77. 78. 79. 80. 81. 82. 83. 84. 85. 88. Collatio VII. Nov. 89. 90. 82. 94. 91. 95. 96. 97. 99. 100. Collatio VIII. Nov. 98. 93. 107. 108. 109. 110. 111. 112. 116. 114. 113. 115. 117. Collatio IX. Nov. 118. 119. 120. 125. 124. 131. 127. 159. 134. 86. 106. 132. 143. 128. 123. **) Daher erklärt es sich denn auch, warum neuere Juristen, wenn sie eine Novelle nach Collationen und Titeln der jetzigen Ausgaben citiren, welche in den alten Ausgaben in einer andern Ordnung standen, mit einem: al. (alias) auch die alte Ordnung zuweilen andeuten, wie man es manchmal in den Ueberschriften der Authentiken im Codex findet. Die Citirart der Authentiken des Codex

*) Diese Nov. 8. ist in den alten Ausgaben in zwey Titulos getheilt. Hugo Civ. Magazin 3. B. S. 37. 38. In allen andern Fällen gibt es so viele Titulos, als Novellen in jeder Collatio.

**) In einigen alten Ausgaben stehen in der Collatio IX. auch noch Nov. 11. 13. 21. Glück Hand. 1. B. S. 233.

blieb im Wesentlichen dieselbe, nach den Anfangsworten, doch setzte man, wenn eine Authentike aus einem Titel, wo mehrere Authentiken stehen, zu citiren war, noch wohl die Zahl der Lex, worauf die zu citirende Authentike folgt, hinzu, z. B. Auth. Nullus episc. post. L. 22. C. de episc.

4) In der neuesten Zeit blieben die Novellen-Citate wie in der dritten Periode, sonst aber änderte sich Manches. Die Mehrzahl allegirte die Institutionen, die Pandekten, und den Codex so wie es gewöhnlich in der dritten Periode geschah. Da indeß Wenigen, und am wenigsten dem Anfänger die Titelfolge geläufig ist, und seyn kann, besonders im Codex, und das ewige Vergleichen der Register höchst beschwerlich ist, so setzte man oft, besonders bey Citaten aus dem Codex, hinter den Titel erst die Zahl des Buchs, und dann des Titels in Parenthese, z. B.

§. 6. J. de rer. div. (2. 1. oder II. 1.)

L. 6. D. de rei vind. (6. 1. oder VI. 1.)

L. 8. C. de novat. (8. 42. oder VIII. 42.)

Bey Citaten aus den Pandekten ließ man auch wohl das D. P. F. ganz weg, wie es auch schon früher einige ältere Juristen thaten (z. B. Jasius). Andre dagegen wählten, wenn man es so nennen will, eine bloß natürliche Citirart. Hugo, und Andre mit ihm, setzen erst die einzelne Stelle (bey den Institutionen durch: §., bey den Pandekten durch: fr., bey dem Codex durch: c. C.

oder const. angedeutet), dann das Zeichen des Werks, und dann die Zahl des Buchs und Titels. Die eben vorher gegebenen Allegate stellen sie mithin so:

§. 6. J. oder Inst. 2, 1.

fr. 6. D. 6, 1.

const. 8. C. 8, 42.

In einigen Schriften hat v. Löhr noch die Rubrik des Titels hinzugethan, z. B. bey jenen Allegaten so:

§. 6. J. 2, 1. (de rer. divis.)

fr. 6. D. 6, 1. (de rei vind.)

c. 8. C. 8, 42. (de novat.).

Aehnlich, aber noch natürlicher (denn man sollte in eben der Ordnung citiren, in der man aufschlägt) citirt Hufeland, indem er erst das Buch, und dieß mit Römischen Zahlen, dann mit Arabischen Zahlen den Titel und die einzelne Stelle setzt, und voran das Zeichen des Werks; doch läßt er dieß bey den Pandekten ganz weg. Auch fügt er noch die Rubrik der Titel in Parenthese hinzu. (Im Wesentlichen auf eben jene Art haben auch schon Engländer citirt.) Jene Allegate lauten also bey ihm so:

Inst. II, 1. §. 6. (de rer. div.)

VI, 1. fr. 6. (de rei vind.)

C. VIII, 42. (de novat.).

Grolman dagegen läßt die Rubrik des Titels weg, citirt aber im Uebrigen gleich, außer daß er bey Citaten aus den Pandekten das D. oder Dig., wenn er es setzt,

erst auf die Zahl des Titels folgen läßt, und die Leges in den Pandekten durch fr., die des Codex durch const. bezeichnet, z. B. VI. 1. D. fr. 6. C. VIII 42. const. 8.

Nach meiner Ueberzeugung hat die Methode, wenn man die Rubrik des Tuels und die Zahl des Buchs und Titels zugleich angibt, vor allen andern den Vorzug, wenigstens wenn man nicht zu Anfängern redet, denen vom Römischen Recht noch nichts bekannt ist. Wer nur einige Fortschritte darin gemacht hat, wird es oft finden, daß die Angabe der Rubrik viel dazu beyträgt, citirte Stellen schnell zu characterisiren. Die Zahlen laufen leicht im Kopfe durch einander. Daß der Titel pro socio Lib. 17. Tit. 2. ist, wird leicht vergessen, also kann es leicht kommen, daß, wenn man ein bekanntes Fragment daraus bloß mit Zahlen citirt, dennoch das Nachschlagen nothwendig wird. Sagt man dagegen z. B. L. 69. pro socio, so weiß auch der Halbkenner auf der Stelle, welches Fragment gemeynt ist. Man schlägt auch, sobald man nur einigermaßen im corpus iuris bewandert ist, viel leichter nach, wenn das Citat die Rubrik des Titels angibt. Denn in den mehrsten Ausgaben steht sie über jeder Seite, und fällt bey dem Blättern schnell in die Augen; auch bleibt die Rubrik während des Nachschlagens leicht im Gedächtniß. Soll man dagegen bloß nach Zahlen aufsuchen, so muß schon schärfer zugesehen werden; und während des Blätterns haben sich die Zahlen leicht im Gedächtniß verwirrt. Gibt man nun noch dazu

Buch und Titel in Parenthese an, so ist für alle Bedürfnisse gesorgt, und auch die Berichtigung falscher Citate wird dadurch erleichtert. Auf allen Fall aber wird es endlich einmal Zeit werden, daß unsre jungen juristischen Schriftsteller nicht mehr, wie neuerlich so oft, jeder für sich eine eigne Citir-Methode erfinden. Der Anfänger wird dadurch nothwendig verwirrt, und selbst der gewöhnliche practische Jurist, welcher selten von den kleinen literairischen Neuigkeiten auf dem graden Wege Nachricht erhält.

V) Was nun noch die vorhin im Anfange von No. IV. erwähnte relative Citirart betrifft, so hat diese manches Eigenthümliche. Es sind hier folgende Fälle:

1) Man citirt bey Erläuterung eines Haupttheils des corpus iuris einen andern Haupttheil, z. B. bey Erklärung der Pandekten den Codex. Alsdann hat man von jeher im Ganzen auf die obige Art selbstständig citirt. Wird indeß ein Titel eines andern Werks citirt, welcher mit dem, worüber commentirt wird, der Rubrik, oder dem Gegenstande nach völlig gleich ist, so setzte man Anfangs statt der Rubrik des Titels: e., später eo. oder eod. (eodem), und zuletzt gewöhnlich h. t. (hoc titulo.) Z. B. wenn bey Erklärung des Pandektentitels de adoptionibus (1. 7.) aus dem gleichlautenden Titel des Codex (8. 48.) die Lex mulierem 5. citirt werden sollte, so setzten die Glossatoren

C. e. l. mulierem

die Juristen der zweyten Periode

l. mulierem C. eo. oder eod.

und die der dritten

L. 5. C. h. t.

Die der vierten, welche natürlich allegiren, geben das Citat ganz selbstständig. Uebrigens hat das e. eo. eod. auch noch den Sinn, daß es gebraucht wird, denselben Titel anzudeuten, den man kurz zuvor genannt hat, und woraus man nun noch eine andre Stelle allegiren will.

2) Man citirt Theile desselben Werks, worüber man schreibt. Dann sind wieder zwey Fälle:

A) Man citirt einen andern Titel desselben Werks. Hier ließen nun die Glossatoren, und die Juristen der zweyten Periode, das Zeichen des Werks (das inst. ff. C. autent.) ganz weg, und setzten, wenn der Titel weiter hinten stand: J., und später vollaus geschrieben: infra, wenn er aber vorherging: S., oder später ohne Abkürzung: supra. Sollte also z. B. bey Erläuterung der Pandekten L. 5. T. 1. aus L. 1. T. 7. die Lex 20., und aus L. 6. T. 1. die Lex 26. citirt werden, so schrieb man:

S. de adopt. l. haec autem

J. de rei vind. l. nam si actor.

Bey Commentirung der Pandekten lassen die Glossatoren zuweilen auch das S. oder J. ganz weg, wenn sie einen andern Pandektentitel citiren. Dabey haben sie noch die eigne Methode, daß sie den vorhergehenden Titel so:

S. Tit. j. (supra titulus primus)

den folgenden aber so allegiren:

Ï. Tit. j. (infra titulus primus)

In der dritten und vierten Periode befolgte man in allen diesen Fällen mehrentheils die selbstständige Citirart, nach den obigen Regeln, außer daß man oft den folgenden Titel durch T. seq. bezeichnete.

B) Man citirt Stellen desselben Titels. Dann ist die Methode der Glosse diese: eine andere, in demselben Titel stehende Lex wird (unter Beyfügung der Anfangsworte) so citirt:

S̈. e. l. (supra eodem, lex)

eine spätere:

Ï. e. l. (infra eod. lex)

und zwar eine gleich vorhergehende:

S̈. l. proxima

eine gleich folgende:

Ï. l. proxima.

Wird aus demselben Fragment ein andrer Paragraph citirt, so schreibt man, nach der Methode der Glossatoren, unter Beyfügung der Anfangsworte des Paragraphen, wenn man nach oben verweist:

S̈. ea. l. §. (supra eadem lege §.)

und wenn man nach unten verweist:

Ï. ea. l. §. (infra eadem lege §.)

Eine Nachweisung auf vorhergehende, oder folgende Worte desselben Paragraphen dagegen hat in der ersten Periode diese Bezeichnung:

S. ibi oder J ibi.

In der zweyten Periode änderte sich hier nur dieß, daß man statt: e. ea. S. J. das: eod. ead. supra. und infra schrieb. In der dritten allegirte man dagegen mehrentheils dadurch, daß man die selbstständige Allegirart beybehielt, und bey Allegaten aus demselben Titel statt: S und J. das h. t. und bey Allegirung eines andern Paragraphen derselben Stelle: h. l., nach Umständen mit hinzugefügtem infra und supra, setzte. In der vierten Periode konnten die Anhänger der natürlichen Citirart hier nicht wohl auf eine neue Citirart kommen, weil sie nicht commentirend schrieben.

3) Man citirt nur, was man schon vorher citirt hat. Dafür hatten die Alten das: d. l. (dicta lex); die Neueren pflegen dagegen cit. (citata) zu setzen.

VI) Es gibt drey, etwas ähnliche Abbreviaturen, welche bey Allegirung des corpus iuris oft vorkommen, nämlich prooem. J., pr. oder princ., und praef. Das prooem. J. zeigt die dem ersten Buch der Institutionen vorangehende Einleitung an. Durch: pr. oder princ. (principium) wird der nicht numerirte erste Theil eines Titels in den Institutionen, oder einer Lex in den Pandekten, oder dem Codex angedeutet. Seit die Editoren

alles numerirten, hätte man einfacher aus allen sogenannten principiis den §. 1. machen können. Wahrscheinlich that man es nicht, weil dann die Allegate der Glossatoren, welche nun einmal überall pr. und dann erst §. i. ij. u. s. w. geschrieben hatten, den neueren Ausgaben nicht anpassend gewesen wären. Durch praef. endlich bezeichnet man Theils die Einleitungen der Novellen, Theils die wenigen Constitutionen Justinians, welche den Pandekten und dem Codex vorangehen. Die letzten (welche man auch prooemium Pandectarum et codicis nennt) citirt man nach ihren Anfangsworten, und setzt auch wohl die Inhaltsanzeige derselben hinzu, indem man dann auch wohl das praef. (oder prooem.) wegläßt; z. B. praef. D. Const. Deo. auctore.

oder Const. Deo auctore, de concept Dig.

VII) Nicht selten findet sich in den Titeln des Codex, und zuweilen auch der Pandekten, nur Eine Lex. Dann allegirt man sie mit dem Zeichen: L. un. (unica). Die Glossatoren setzten dagegen: l. una., aber auch nur, wenn eine solche Lex in keine Paragraphen zerfällt, wie z. B. Cod. L. 11. T. 71., wo das Citat so lautete:

C. de grege domin. l. una.

Zerfällt aber eine solche Lex in Paragraphen, wovon einer citirt werden soll, so wird nur der Paragraph gesetzt, z. B. Cod. L. 6. T. 51. §. 5. allegirten sie so:

C. de caduc. toll. §. in novissimo.

VIII) Steht ein durch einen Paragraphen oder eine lex zu beweisender Satz nicht gradezu darin, sondern nur analogisch, so hat man dieß stets durch: ar. oder arg. (argumento) bezeichnet.

IX) Die Manuscripte und die alten Ausgaben sind voll von Abbreviaturen, auch in den Glossen. Solche Abbreviaturen stehen oft gleich hinter dem Citat, und haben oft das Ansehen, als ob sie Theil des Citats wären; z. B. bey Erläuterung der Lex 6. in Pand. L. 4. T. 3. schreibt ein Glossator:

J̈ l. quod si. in fi. j. r̄n.

Hier ist nicht alles Citat, sondern nur das J̈. l. quod si in fi. (d. h. infra lex quod si in fine.) Das Andre ist das, was nun der Glossator weiter selbst sagt (nämlich: primo respondendum.) Es fordert übrigens viele Lectüre, um die Abbreviaturen der Glosse, welche man vielfach auch in den neuesten glossirten Ausgaben beybehielt, zu verstehen. Selbst das reichhaltigste Werk über Abbreviaturen (Walther lexicon diplomaticum) gibt darüber nicht selten gar keinen Aufschluß.

X) Will man bloß einen Titel citiren, so schreibt man: T. oder Tit., und soll bloß die Ueberschrift eines Titels citirt werden: Rubr. (Rubrum) Tit., nebst Beyfügung dieser Rubrik, oder der Zahl derselben. Zuweilen kann man andeuten wollen, daß etwas überall in einem

Titel vorkomme. Dieß bezeichnete man Anfangs durch t. t., später durch tot. Tit. (toto titulo).

XI) Bey den älteren Allegirarten, welche nur die Rubrik der Titel, aber nicht die Zahl derselben, und nicht die Zahl des Buchs angeben, muß der Anfänger durchaus ein Register haben, welches die Zahl des Buchs und Titels nachweist. Die Ausgaben sind in dieser Hinsicht sehr verschieden. Einige haben gar kein Register (wie die Original-Ausgabe von S. v. Leeuwen). Andre haben specielle (und zwar in der Regel alphabetische) Register für Institutionen, Pandekten und Codex, entweder jedem dieser Werke vorgeheftet, oder auf einzelnen Blättern durch die Werke zerstreut, indem an jedes Blatt ein vorstehendes Stückchen Pergament, als Griff, angeklebt, und darauf der erste Buchstabe der auf dem Blatt stehenden Titel bemerkt ist. Am bequemsten sind aber die Ausgaben, welche (mehrentheils voran, zuweilen aber auch hinten) ein alphabetisches Collectiv-Register haben, welches vereint über alle Titel der Institutionen, der Pandekten, des Codex, und der Novellen geht. Dazu kommen in vielen Ausgaben noch Register über die Anfangsworte aller einzelnen Paragraphen der Institutionen, und aller Legum der Pandekten und des Codex, bald vereint, vorn oder hinten, oder in separirten Registern zu jedem einzelnen Theil. Uebrigens sind die Titelregister mehrerer Ausgaben voll von Druckfehlern, doch ist nicht alles Druckfehler, was so scheinen möchte. Denn

nicht alle Ausgaben haben eine gleiche Titelzahl, und so kann ein Register zu einer, aber nicht überall zu einer andern Ausgabe passen. So ist z. B. im dritten Buch der Institutionen der Tit. de bon. poss. in einigen Ausgaben Tit. 9. in andern Tit. 10. Die, welche in Parenthese die Zahl des Buchs und Titels angeben, bemerken denn auch zuweilen eine solche Titelvariante, setzen also z. B. in jenem Fall

§. 3. J. de bon. poss. (3. 9.) (3. 10.)

Gewöhnlich thut man dieß aber nicht, und hält sich an die Titelzahl der gangbaren Gothofrediſchen Ausgaben.

Um aber recht genau zu übersehen, wie es sich mit den Fehlern aller Arten der Register verhält, und wie auch auf der andern Seite manches kein Fehler ist, was dem Ununterrichteten leicht so scheinen könnte, sind hier noch folgende ausführliche Bemerkungen erforderlich:

1) Man schreibt oft bey Allegaten nicht vollständig die ganze Ueberschrift eines Titels, sondern nur die ersten und letzten Hauptworte, oder die Anfangsworte desselben, wo dann freylich das Titel-Register nicht ganz mit dem Citat zusammentreffen kann, z. B. Statt: de acquirenda vel omittenda hereditate: de aquir. her., oder Statt: de tutelae. et rationibus distrahendis, et utili curationis caussa actione: de tutel. et rat. distr. — Indeß hilft hier das eigne Urtheil leicht nach. Weit schwieriger ist es für den Nichtkenner, wenn nur aus der Rubrik hinten ein

Wort herausgerissen wird, z. B. Statt: de acquirenda vel amittenda possessione: de possessione. Die letzte Methode ist aber selten, und findet sich nur, wenn ein allgemein bekannter, oft zu erwähnender Titel eine etwas breite Rubrik hat.

2) Die Worte der Titel-Ueberschriften sind keineswegs in allen Handschriften und Ausgaben gleich, auch wo sonst der Inhalt der Titel gleich ist; vielmehr gibt es auch hier, wie im Text des Corpus iuris, unendlich viele Varianten. Ich will nur aus den Pandekten folgende Beyspiele anführen, wobey, wie in dieser Abhandlung nachher überall, durch einen Gedankenstrich angedeutet werden soll, daß andre Handschriften oder Ausgaben so oder so lesen: Tit. de inspiciendo ventre, — de ventre inspiciendo; Tit. de tutelae et rat. distrah. — de tutelis et rat. distr.; Tit. de testamentis et qui test. facere poss. — qui testam. facere possunt; Tit. de militari testamento — de testamento militis; Tit. quemadmodum testam. aper. — testamenta quem. aper.; — Tit. de collat. dotis — de dotis collat.; Tit. de libertis municipum et aliarum universitatum — de libertis universitatum; Tit. de aqua pluv. arcend. — de aqua et aquae pluviae arcend.; Tit. Quorum legatorum — quod legatorum; Tit. de duobus reis stipulandi et promittendi — de duobus reis constituendis; Tit. de priveligiis veteranor. — de ve-

teranis. Eine Menge von Varianten entsteht auch besonders dadurch, daß iis oft Statt his gesetzt wird, oder de Statt ad, oder umgekehrt, z. B. de lege Pompeia — ad legem Pompeiam. Dringend (auch noch aus nachher anzugebenden Gründen) wäre es daher zu wünschen, daß endlich Jemand sich die Mühe gäbe, ein, zu allen Ausgaben passendes vollständiges, durchaus correctes Register abzufassen, welches mit möglichster Klarheit, Eleganz und Oeconomie gedruckt, und so recht für den täglichen Gebrauch eingerichtet, vielen Bedürfnissen abhelfen würde, und am Ende nicht viel mehr Kopfbrechen kosten könnte, als die Calender für drey Jahre, welche jetzt auf Nürnberger Tobacksdosen zu sehen sind. Es unternehme aber Niemand diese Arbeit, dem nicht an Einem Orte auf Einmal alle bedeutendsten Ausgaben zu Gebote stehen. Denn die Abweichungen der Ausgaben von einander sind auch in dieser Hinsicht sehr groß, selbst in den ältesten Ausgaben. Noch kürzlich habe ich mich wieder davon überzeugt, indem ich ein Venetianer Digestum vetus von 1482., welches ich durch einen glücklichen Zufall erwarb, mit einem Tortis von 1494. verglich.

3) Die Varianten der Titel-Register sind insofern ganz nothwendig gewesen, als nicht alle Ausgaben durchaus gleiche Titel haben, welches denn auch ferner zur Folge hatte, daß die Zahl des Buchs und Titels nicht überall gleich ist; doch haben sich einzelne Herausgeber die

Sache leicht gemacht, indem sie die, zu ihrer Ausgabe nicht passenden Register andrer Ausgaben wörtlich nachdruckten, ein Vorwurf, welcher namentlich manche der kleinen Amsterdammer Ausgaben trifft. Folgende Verschiedenheiten sind mir bisher aufgefallen. In den Institutionen zählen viele Ausgaben im dritten Buch 29., andre 30. Titel. Der Unterschied rührt daher, weil der, in vielen, namentlich den Gothofredischen Ausgaben stehende Titel 7. de servili cognatione in den andern nur der letzte Theil des vorhergehenden Titels de gradibus cognationis ist. In den Pandekten sind die Verschiedenheiten der Titel schon häufiger, wenn man die alten Vulgat-Ausgaben (nachher stets durch: die Vulg. zu bezeichnen) mit der Florentinischen (nachher anzudeuten durch: die Fl.) vergleicht, wiewohl auch hier die Vulg. nicht absolut gleich sind. Es haben nämlich diese Ausgaben gewöhnlich folgende Eigenthümlichkeiten. L. 38. T. 7. findet sich ein besondrer Titel unde liberi. In der Fl. dagegen ist dessen Inhalt L. 2—9. des vorhergehenden Titels: si tabulae testamenti nullae extabunt unde liberi. In L. 41. T. 4. haben die Vulg. einen Titel pro soluto aus 4. Fragmenten bestehend. In der Fl. sind diese Fragmente die letzten im vorhergehenden Titel de usurpationibus. Der Titel: de rebus auctor. iudic. (42. 5.) hat in der Fl. 39. Fragmente, in den Vulg. nur 15. Die übrigen folgen dann unter dem Titel: de privilegiis credito-

rum. Dagegen haben die Fl. L. 43. T. 10. einen eignen Titel de via publica et si quid in ea factum esse dicatur. Die darunter stehende L. un. ist in den Vulg. das dritte Fragment des folgenden Titels: de via publica et itinere publico reficiendo. Im Titel: de bonis damnatorum (48. 20.) hat keins der vorhandenen Manuscripte die sämmtlichen 11. Fragmente, welche in den Gothofredischen Ausgaben stehen, sondern alle haben davon nur L. 1—6. und von L. 7. das pr. und §. 1—4. mit Ausschluß der letzten Worte: esset, adierit hereditatem, vindicari fisco. Diese Worte, und dann L. 7. §. 5. L. 8—11. sind erst in den späteren Ausgaben seit Cujacius aus den Basiliken eingeschaltet *). Bey jener L. 7. nun sind Varianten. Mehrere alte Ausgaben machen aus der Ueberschrift dieses Fragments: de portionibus quae liberis damnatorum conceduntur eine eigne Lex, haben also insofern unter dem Titel de bonis damnatorum 8. Fragmente. Andre dagegen machen daraus eine

*) Augustinus emendat. L. 1. c. 1. (Otto Thes. T. 4.) Brenkmann hist. Pand. p. 222. Einer der wichtigsten Gründe für die Behauptung, daß von dem Florentinischen Mspt. alle andern abstammen; und doch nicht entscheidend! Denn es kann ja ein gemeinschaftliches höheres Ur-Manuscript gegeben haben. Auch lassen sich gemeinschaftliche Lücken als Fraternität denken, insofern in der Stunde, wo zu Constantinopel der Text der Pandekten zugleich vielen Schreibern dictirt ward, einige derselben fehlten. Die gemeinschaftlichen Lücken der Collegien-Hefte werden auch nicht immer hinterher ausgefüllt!

Titel-Rubrik, und so steht dann das, was in den Fl. L. 7. ist, als L. unica unter der Rubrik: de portionibus quae liberis damnatorum conceduntur. Im Codex kommen noch mehr Titel-Varianten vor, wenn man die alten Ausgaben, d. h. hier: diejenigen, welche erschienen, ehe man die leges restitutas einschaltete, mit den neueren, welche diese leges haben, also auch mit den Gothofredischen, vergleicht. Ein Theil jener Varianten ward durch dieses Einschalten veranlaßt; ein Theil aber steht damit nicht in Verbindung. Es verhält sich so. In den alten Ausgaben stehen Lib. 1. die drey, von Gothofredus nicht unter Titel gebrachten Einleitungs-Constitutionen: Haec quae necessario, Summa reipublicae, und Cordi nobis est unter den 3 Titeln, welche in den Gothofredischen Ausgaben bloß als Inhaltsanzeige darüber stehen. Was also bey Gothofredus L. 1. T. 1. ist, das ist in den alten Ausgaben L. 1. T. 4. u. s. w. In Lib. 1. steht der Titel de officio comitis sacri patrimonii in den alten Ausgaben, welche schon numerirte Titel haben, als Tit. 39. In den Gothofredischen dagegen ohne Zahl zwischen Tit. 35. und 36. Der Titel ut nulli patriae suae administratio sine speciali permissu principis permittatur existirt als solcher L. 1. T. 41. bey Gothofredus. Die alten Ausgaben machen dagegen aus jener Rubrik eine eigne Constitution mit der Ueberschrift: Idem Imperator, und stellen sie als L. ult.

in den vorhergehenden Titel. Gleich darauf hat Gothofredus zwey Titel, oder vielmehr bloß zwey Titel-Rubriken, welche den alten Ausgaben in der Regel fehlen, nämlich L. 1. T. 42. de quadrimestribus brevibus, und L. 1. T. 44. de officio praefecti annonae. In der Baudozischen Ausgabe ist unter jene Rubrik: de quadrimestribus brevibus eine Constitution aus dem Codex Theodosianus gestellt, worauf aber nachher andre Herausgeber keine Rücksicht genommen haben. Selbst Spangenberg erwähnt nicht jene Eigenthümlichkeit der Baudozischen Ausgabe. Der besondere Titel de advocatis diversorum iudicum, den Gothofredus L. 1. T. 8. hat, fehlt ziemlich oft den alten Ausgaben, welche dessen Inhalt am Ende des vorhergehenden Tiels: de advocatis diversorum iudiciorum haben. Wenn ferner viele alte Ausgaben einen, ganz lächerlich gemischten Titel geben: de religiosis et sumtibus funerum et aleae usu et aleatoribus, so ist es gewiß aller Wahrscheinlichkeit angemessener, wenn die neueren Ausgaben daraus zwey Titel bildeten, nämlich L. 3. T. 43. de aleatoribus et aleae usu, und L. 3. T. 44. de religiosis et sumtibus funerum. Endlich haben die neueren Ausgaben L. 6. T. 18. einen, aus Einer lex restituta bestehenden Titel: de incertis personis, welcher allen alten Ausgaben fehlt.

4) Zuweilen sind einzelne leges oder Titel in der einen Ausgabe vorhergehend, während sie in den andern

nachfolgen. Beyspiele geben in den Pandekten L. 13. 14. de procur. (3. 3.) L. 6. 7. de compensat. (16. 2.) L. 19. 20. de iure patron. (37. 14.) L. 31. 32. 33. de manumiss. test. (40. 4.) L. 237. 238. de V. S. (50. 16.) L. 118. bis L. 199. de R. I. (50. 17.) *) Tit. de coniungendis (37. 8. oder 9.) Tit. de ventre in poss. (37. 9. oder 8.). Zuweilen steht auch wohl eine Lex in der einen Ausgabe unter diesem, in der andern unter einem andern Titel. Einige Beyspiele sind schon vorhin unter Nro. XI. 3. vorgekommen. Noch ein solches gibt die L. Si intercedat, welche in dem Fl. als L. 1. de S. P. U. (8. 2.), in den Vulg. aber als L. ult. 21. de servit. (8. 1.) eingetragen ist.

5) Ein sehr beschwerlicher Umstand ist es, daß die Zahl

*) Bekanntlich rührt die verkehrte Ordnung, welche alle alten Ausgaben, und alle bis jetzt verglichenen vorhandenen Manuscripte bey L. 118—199. de R. I. haben, daher, daß das vorletzte Blatt des Florentinischen Manuscripts verkehrt eingebunden ist. Guadagni de Codice Flor. 7. 8. Dennoch folgt daraus die Vaterschaft dieses Manuscripts nicht. Denn die Manuscripte der Glossatoren, welche auch hier nach dem Flor. Mscpt. corrigirt seyn konnten, besitzen wir nicht. Ein Paar solcher corrigirten Exemplare der alten Bücherverleiher konnte leicht den Irrthum allgemein machen. Heidelberger Jahrb. 1812. S. 579. Hätten wir noch die ältesten Manuscripte der Glossatoren ganz, ohne Rand-Correctur, in der Ordnung des Fl. Mscpts, wie es jetzt eingebunden ist, geschrieben, so würde freylich die so oft behauptete Vaterschaft Einen unbesieglichen Grund für sich haben; aber die positiven Gegengründe blieben doch damit unwiderlegt.

der Legum in den Pandekten und dem Codex keineswegs durch alle Ausgaben gleich ist. Im Codex entsteht diese Ungleichheit in der Regel nur durch die eingeschalteten leges restitutas, worüber wir schon Register haben. *). In den Pandekten dagegen, fast nur, einige nachher zu erwähnende Ausnahmen, abgerechnet, daher, daß die Eine Ausgabe trennt, was die andre verbindet, oder umgekehrt. Mehrentheils ist die Trennung in den Vulg. daher entstanden, daß die Schreiber aus den, nur im Text eines Fragments angeführten Namen und Schriften eines Juristen eine Inscription, und dann aus dem folgenden Theil des Textes eine neue Lex machten, oder bey bedeutenden Absätzen als Inscription ein: Idem einschoben, welches alles denn als bloßer Fehler der Abschreiber gelten kann, also könnte Statt gefunden haben, auch wenn erweislich alle andre Handschriften bloße Abschriften der Florentinischen wären. Allein es gibt auch Fälle, da die Vulg., wo sie durch Scheidung eine zweyte Lex haben, über derselben einen ganz neuen Namen des Verfassers des Fragments führen, wo also eine solche Variante einen sehr bedeutenden Beweis dafür enthält, daß das Florentinische Manuscript nicht der Urtext aller andern vorhandenen Manuscripte seyn kann. Fälle der letzten Art

*) Das neueste und sorgfältigste in Glück Handb. des neuesten Röm. Privatrechts 1. B. S. 271—274. Für die Geschichte dieser LL. restitutarum ist freylich noch viel nachzuholen, so wie in Betreff der Interpolationen des glossirten Textes des Codex nach dem unglossirten Text.

sollten in dem folgenden Register jener Fragmenten-Varianten durch ein † bezeichnet werden. Auch bemerke ich noch zur Verständlichkeit dieses Registers, daß durch V. oder Fl. gesagt werden soll: die gewöhnlichen Vulgat- oder die Florentinischen Ausgaben haben dieß oder jenes. Ich sage aber wieder die gewöhnlichen. Denn schon aus dem oben erwähnten Digestum vetus von 1482 kann ich beweisen, daß alte Ausgaben zuweilen manches haben, was man allein den Florentinischen zuzuschreiben pflegt. Auch bemerke ich noch über jenes Register, daß durch Arabische Zahlen die Zahl der Titel, Fragmente oder Paragraphen in den gewöhnlichen Florentinischen Ausgaben, durch eine Römische Zahl aber die Zahl des Fragments in den alten Vulgat-Ausgaben bezeichnet wird.

Tit. de pact. (2. 14.)

V. L. Et suum hered. VIII.

Fl. L. 7. §. 17. in med. bis §. ult.

Tit. de negot. gest. (3. 5.)

V. L. Si ex duobus. IX.

Fl. L. 8. §. ult.

Ibidem:

† V. L. Si aliena XXXII.

Fl. L. 31. §. 3—7.

Tit. de in integr. rest. (4. 1.)

V. L. Iulianus VII.

Fl. L. 6. in fin.

Tit. de dolo malo (4. 3.)

V. L. Si oleum X.

Fl. L. 9. §. 3—5.

Tit. de minorib. (4. 4.)

V. L. Et si sine VIII.

Fl. L. 7. §. 7 — ult.

Ibidem:

† V. L. Imperator XLVII.

Fl. L. 45. §. 1.

Tit. de alienat. iud. mut. caus. (4. 7.)

V. L. Non solum V.

Fl. L. 4. §. 2 — ult.

Tit. de receptis (4. 8.)

V. L. Idem Pomponius XIV.

oder

Si de meis. XIV.

Fl. L. 13. §. 1 — ult.

Ibidem:

V. L. Arbiter XVIII.

Fl. L. 16. §. 1. in fin.

Ibidem:

V. L. Si in tres XX.

Fl. L. 17. §. 1.

Ibidem:

V. L. dicere autem XXIII.

Fl. L. 19. §. 1. 2.

Ibidem:

V. L. Si cum dies XXVI.

Fl. L. 21. §. 5 — ult.

Tit. de petit. hered. (5. 3.)

V. L. Neratius XIV.

Fl. L. 13. §. 3 — ult.

Ibidem:

V. L. Etiamsi putavit XV.

Fl. L. 13. §. 3. in f. — §. ult.

Ibidem:

V. L. Si possessor hereditatis XXIII.

Fl. L. 20. §. 14 — ult.

Tit. de rei vindic. (6. 1.)

V. L. Si vero custodiendus XXII.

Fl. L. 21. in fin.

Ibidem:

Fl. L. Praetor caussa cognita 75.

V. bloß Theil der L. LXXIV. id est. (Im Urtext d. Fl. eigentlich auch zusammengezogen).

Tit. de public. in rem act. (6. 2.)

V. L. Eum qui VIII.

Fl. L. 7. §. 2—16.

Ibidem:

V. L. Traditionem rei IX.

Fl. L. 7. §. 17.

Tit. de usufr. (7. 1.)

V. L. Hactenus tamen VIII.

Fl. L. 7. §. 2. in med. §. 3.

Ibidem:

V. L. Si fur decerpserit XIV.

Fl. L. 12. §. 5.

Ibidem:

V. L. Si ususfructus legatus XVI.

Fl. L. 13. pr. in fin. bis §. 3. princ.

Ibidem:

V. L. Aequissimum esse XVII.

Fl. L. 13. §. 3. in fin. — bis §. ult.

Ibidem:

V. L. Idemque et si acceptum XXVIII.

Fl. L. 23. pr. fin. §. 1.

Ibidem:

V. L. Adhuc interesse XXXI.

Fl. L. 25. §. 1. in med.

Ibidem:

V. L. Si servo fructuarius XXXII.

Fl. L. 25. §. 5—7.

Tit. de usufruct. accresc. (7. 2.)

B. L. Si duobus II.

Fl. L. 1. §. ult.

Tit. de usu et habit. (7. 8.)

† Die B. hat hier die L. 14. nur bis §. 1. zu den Worten: totum videri ademptum. Das Uebrige hat sie als neue Lex, dem Paulus zugeschrieben, nicht mit den Worten der Fl.: Sed si fructus sine usu, sondern so anfangend: Sed si de fructu sine usu adimendo sensit, quare non dicamus, usum videri constitutum.

Tit. commun. praed. (8. 4.)

B. L. Si in venditione VII.

Fl. L. 6. §. 3. in med.

Tit. si serv. vindic. (8. 5.)

B. L. Immo puto XXII.

Fl. L. 21. in fin.

Tit. ad L. Aquil. (9. 2.)

B. L. Quamvis alienum pecus XL.

Fl. L. 39. §. 1.

Tit. famil. hercisc. (10. 2.)

B. L. Si uni XXI.

Fl. L. 20. §. 5 — 9.

Tit. de interrog. in iure (11. 1.)

B. L. Si defensor X.

Fl. L. 9. in fin.

Tit. de eo quod certo loco (13. 4.)

V. L. non utique III.

Fl. 2. §. 3. sqq.

Tit. de SCto Maced. (14. 6.)

V. L. Si filiusfamilias crediderit IV.

Fl. L. 3. §. 2. in med. §. 3. 4.

Ibidem:

V. L. Sed Iulianus adiicit IX.

Fl. L. 7. pr. in med. §. 1 — ult.

Tit. de peculio (15. 1.)

V. L. Peculium autem X.

Fl. L. 9. §. 2 — 8.

Tit. Quando de peculio (15. 2.)

V. L. quaesitum est II.

Fl. L. 1. §. ult.

Tit. pro socio (17. 2.)

V. L. Si fratres LIII.

Fl. L. 52. in fin.

Tit. de in diem addict. (18. 2.)

V. L. Si res in diem V.

Fl. L. 4. §. 1.

Ibidem:

V. L. Si ex duobus VI.

Fl. L. 4. §. 2. 3.

Ibidem:

V. L. Eum qui emit VII.

Fl. L. 4. §. 4 — 6.

Tit. de act. E. V. (19. 1.)

V. L. Emtorem noxali XII.

Fl. L. 11. §. 12—18.

Ibidem:

V. L. Ex contractu IL.

Fl. L. 47. in fin.

Tit. locati (19. 2.)

V. L. Si quis fundum X.

Fl. L. 9. §. 2 — ult.

Ibidem:

V. L. Si uno anno XVII.

Fl. L. 15. §. 4. sqq.

Ibidem:

V. L. Diem functo XXII.

Fl. L. 19. §. ult.

Tit. de praesc. verb. (19. 5.)

V. L. Si tibi areae XIV.

Fl. L. 13. §. 1.

Ibidem:

V. Si rem tibi XIX.

Fl. L. 17 §. 2 — ult.

Tit. qui potior. in pign. (20. 4.)

V. L. Si prior creditor XIII.

Fl. L. 12. §. 5 — ult.

Tit. de probat. (22. 3.)

Die L. 30. 31. d. Fl. fehlen hier allen reinen Vulg.

Tit. de iure dot. (23. 3.)

V. L. Adoptivum quoque VI.

Fl. L. 5. §. 13. 14.

Ibidem:

V. L. In rebus dotalibus LXXIV.

Fl. L. 72. §. 1.

Ibidem:

V. L. Si mulier de suo LXXV.

Fl. L. 72. §. 2.

Tit. de donat. in V. et U. (24. 1.)

V. L. Si mulier acceptum VI.

Fl. L. 5. §. 17. 18.

Tit. solut. matr. (24. 3.)

V. L. Divortio facto VIII.

Fl. L. 7. §. 1 — ult.

Tit. si mulier. ventr. nom. (25. 6.)

V. L. Si substitutus II.

Fl. L. un. §. 9 — 12.

Tit. qui petant. tut. (26. 6.)

V. L. Divus Severus II.

Fl. L. 1. §. 2 — 5. pr.

Ibidem:

V. L. Curatorem III.

Fl. L. 1. §. 5. in med. §. 6.

Tit. de admin. tut. (26. 7.)

V. L. Quidam decedens VI.

Fl. L. 5. §. 7 — 10.

Tit. de excusat. (27. 1.)

V. L. Sed et reprobari VII.

Fl. L. 6. §. 6 — 12.

Ibidem:

V. L. Athletae habent VIII.

Fl. L. 6. §. 13 — 19.

Ibidem:

V. L. Si quis inter tres XVIII.

Fl. L. 15. §. 16. 17.

Tit. de testam. milit. (29. 1.)

V. L. Neque enim XIV.

Fl. L. 13. §. 1 — 4.

Tit de acquir. her. (29. 2.)

Fl. L. Furiosus 63.

V. pars ult. L. LXII.

Tit. de legat. I. (30.)

V. L. Africanus libro XL.

Fl. L. 39. pr. in fin. §. 1. 2.

Ibidem:

V. L. Idem Iulianus L. XLI.

Fl. L. 39. §. 3 — 10.

Ibidem:

V. L. Si fideiussor creditori LII.

Fl. L. 49. §. 6 — 9.

Ibidem:

Fl. L. Is qui sola triginta 80.

V. pars ult. L. Si quis 79. (LXXXII.)

Ibidem:

𝔚. L. Si Titio pecunia LXXXXIV.

𝔉l. L. 92. §. 1. 2.

Tit. de legat. II. (31.)

𝔚. L. Cum ita legatur XXXIII.

𝔉l. L. 32. §. 3 — 6.

Ibidem:

† 𝔚. L. Si Titius mihi LII.

𝔉l. L. 50. §. 1. 2.

Ibidem:

𝔚. L. Codicillis Caio Seio XCI.

𝔉l. L. 88. §. 13 — 17.

Tit. de legat. III. (32.)

𝔉l. L Qui quatuor 30.

𝔚. pars ult. L. 29.

Ibidem:

𝔉l. L. Nec fideicommissa 36.

𝔚. pars ult. L. 35.

Tit. de dote praeleg. (33. 4.)

𝔚. L. Si socer nurui II.

𝔉l. L. 1. §. 9.

Tit. de auro et argento (34. 2.)

𝔚. L. Lucius Titius VII.

𝔉l. L. 6. §. ult.

Ibidem:

𝔚. L. Si non sunt XXI.

𝔉l. L. 19. §. 5 — 20.

Tit. de liberat. legat. (34. 3.)

V. L. Si quis decedens IV.

Fl. L. 3. §. 2 — 5.

Tit. de reb. dub. (34. 5.)

V. L. Paulus respondit IV.

Das Fl. Mspt. hat nichts davon, doch steht sie in den Fl. Ausgaben unnumerirt.

Tit. de condit. et demonstr. (35. 1.)

Fl. L. Servo libertatem 47.

V. pars ult. L. Si in diem 46.

Tit. ad Leg. Falc. (35. 2.)

Fl. Sed si ideo 75.

V. pars ult. L. Quodautem 74.

Tit de donatt. (39. 5.)

V. L. Quidam in iure XXX.

Fl. L. 29. §. 1. 2.

Tit. de reb. auct. iudic. (42. 5.)

Die L. Vel fatuo 21. ist in den Vulg. ein Theil der vorhergehenden L. Vel surdo 20., und steht so als Nro. 5. im Titel de privilegiis creditorum L. XLII. T. VI.

Tit. Quod vi aut clam (43. 24.)

Fl. L. Interdictum quod vi 19.

V. pars ult. L. Si immaturam 18.

Tit. de O. et A. oder *de A. et O.* (44. 7.)

Fl. L. Si quis absentis 5.

V. pars ult. L. Ex maleficio 4.

Tit. de fideiussor. et mandator. (46. 1.)

V. L. Si reus stipulandi VI.

Fl. L. 5. in fin.

Tit. de furtis (47. 2.)

V. L. Si filiusfamilias subreptus XXXVIII. fehlt hier im Fl. Mspt., doch steht ihr Inhalt L. 14. §. 13. eod., einem andern Juristen (Statt Paulus dem Ulpianus) zugeschrieben.

Ibidem:

V. L. Si quis ex domo LIV.

Fl. L. 52. §. ult.

Tit. ad L. Iul. peculat. (48. 13.)

V. L. Cum eo autem X.

Fl. pars ult. L. 9. §. 6.

Tit. de bonis damn. (48. 20.)

Aus der Ueberschrift der L. 7. ibid. machen manche Vulgat-Ausgaben eine eigne L. De portionibus.

Tit. de admin. rer. ad civit. (50. 8.)

V. L. Prior tamen IV.

Fl. pars ult. L. 3. (doch hat Gothofredus, aber nicht Gebauer, jene L. Prior tamen abgesetzt drucken lassen).

Tit. de R. I. (50. 17.)

V. L. Si filiusfamilias XIX. Fehlt hier ganz im Fl. Mspt., wenn auch nicht in den

Fl. Ausgaben, welche sie ohne Zahl zwischen L. 18. und 19. stellen; doch steht ihr Inhalt auch in L. 78. pr. de V. O. (45. 1.).

6) Vor allen Dingen wird aber das Nachschlagen der Citate der älteren Juristen unendlich dadurch erschwert, daß die ersten 1. 2. 3. 4. Anfangsworte der Legum, welche zum Citiren gebraucht sind, oft nicht in allen Ausgaben gleich lauten. Eine Menge solcher Varianten ist freylich bloß aus einer verschiedenen Orthographie entstanden, oder durch Contractionen, oder dadurch, daß nur casus oder tempus verschieden gesetzt sind, wo denn freylich schon die Beurtheilung dahin führen kann, daß man auf den rechten Punkt kommt. In dieser Hinsicht finden sich folgende Varianten sehr häufig: et si — si et; nisi — nisi, si; si — siquis; si ii qui — siqui; qui — quis; his — iis; Aruntio — Haruntio; Adrianus — Hadrianus; utrubi — utrobi; quotiens — quoties; suppellectile — suppellectili; quamquam — quanquam; imo — immo; liceat — licebit; quaereretur — quaeritur; scribit — scripsit, scripserit; sumus — simus; libro — libris; Balista — Ballista; plerumque — plerunque; domo — domu; mandato — mandatu; quidquid — quicquid; Ateius — Atteius; quotidiana — cottidiana; felix — foelix; Claudus — Clodus; Symphorus — Symphorianus; mistura — mixtura;

attentare — adtemptare. Auch kommen sehr oft Varianten in den Zahlen vor, z. B. libro 3. — libro 13. u. s. w. Allein es gibt auch noch zahllose andre Varianten, welche, wenn man sie nicht kennt, durch bloßes Urtheil sich nicht beseitigen lassen, und leicht zu dem Irrthum leiten können, daß eine Stelle falsch citirt sey. Selbst bis auf den ersten Buchstaben der Fragmente erstrecken sich diese Varianten, welches besonders gefährlich ist. Denn bey Citaten nach den Anfangsworten der Legum wird man doch immer vorzüglich nach dem ersten Buchstaben suchen, daher auch die alten Ausgaben sehr weislich den ersten Buchstaben abgezeichnet, roth oder blau, gedruckt haben; und ist man so um den ersten Buchstaben weggekommen, so ist das Ganze verfehlt. Sehr zu wünschen wäre es daher, daß ein, mit einem vollständigen Apparat ausgerüsteter fleißiger Critiker sich dazu verstehen möchte, eine vollständige Variantensammlung jener Art zu veranstalten. Gebauer ist auch in dieser Hinsicht äußerst nachlässig gewesen. Weit fleißiger war schon Dominicus Albanensis in seinem, bey uns viel zu wenig bekannten unschätzbaren Promptuario *),

*) Promptuarium universorum operum Iacobi Cuiacii etc. Cura et industria Dominici Albanensis, in supremis regni Neapolitani tribunalibus caussarum patroni. Neapoli 1763. 2 Bde. groß. Fol. Ein wahres Wunder unsäglichen Fleißes! Es enthält in der Hauptsache die sorgfältigsten Nachweisungen auf die Werke von Cujacius nach der Ordnung der einzelnen Theile des corpus iuris Romani, der libri

worin auch großentheils die oben erwähnten Titel- und Fragmenten-Varianten angegeben sind. Zum Beweise, wie weit hier die Sache geht, gebe ich hiemit die bedeutenden Varianten der Anfangsworte der Pandekten-Fragmente, wie sie in jenem Werk überall da und dort bemerkt sind.

L. 6. de LL. (1. 3.) Quae semel aut — Quod enim semel. L. 35. ibid. Sed ea — Seá et ea. L. 13. de statu hom. (1. 5.) Servus in capitali — Servus in caussa. L. 17. ibid. In urbe Roma — in orbe Romano. L. 14. de adopt. (1. 7.) Sed et nepos — Sed etiam nepos. L. 34. ibid. Si tibi filius — Quaesitum est. L. 5. de rer. div. (2. 8.) Riparum quoque — Riparum usus. L. un. de offic. quaest. (1. 13.) Origo quaestoris — Questoribus creandis. L. 7. de offic. procons. (1. 16.) Si in aliam — Si in aliquam. L. 2. in ius vocati (2. 6.) Item pro patrono — Item pro patrona. L. 2. qui satisd. cog. (2. 8.) Fideiussor iudicio — fideiussor in iudicio. L. 10. ibid. Si ab arbitro — Si arbitro. L. 14. ibid. Filiusfamilias defendit — Filiusfamilias si defendit. L. 3. de pact. (2. 14.) Post pignus — Postquam pignus. L. 10. ibid. Rescriptum Divi — Rescriptum autem. L. 32.

feudorum, und der Decretalen Gregor IX.; auch im 2. Bd. S. 367—426. die Aufzählung einer Legion von Druckfehlern in der edit. Neap. operum Cuiacii. Jeder gebildete Jurist sollte dieses Werk besitzen. Und doch findet es sich gewöhnlich nicht einmal auf öffentlichen Bibliotheken!

ibid. Quod edictum — Quod dictum. L. 34. ibid. Ius autem — Ius agnationis. L. 37. ibid. Imperator Verus — Imperator Antoninus (diese Variante kommt sonst noch oft vor, soll also nachher nicht mehr erwähnt werden). L. 18. de procurat. (3. 3.) Et religionis — Aut religionis. L. 1. quod cuiuscunque univers. nom. (3. 4.) Neque societatem — Neque societas. L. 4. ibid. Plane ubi — plane ut. L. 8. ibid. Civitates si — An civitates. L. 33. 35. de negot. gest. (3. 5.) Si quis aliena — Si quis negotia. L 14. quod met. causs. (4. 2.) Si cum exceptione — Item si cum exceptione. L. 32. de dolo (4. 3.) Filiusfamilias legatum — Filiis legatum. L. 5. ex quib. causs. maior. (4. 6.) Et qui — Sed et qui. L. 16. de recept. (4. 8.) Et si qua — Aut si qua. L. 36. de petit. hered. (5. 3.) Si a domino — Si a patre. L. 74. de R. V. (6. 1.) Id est — Superficiario id est. L. 16. de usufr. (7. 1.) Nisi qua — nisi per quam. L. 32. ibid. Si quis unas — Si quis binas. L. 3. de usufr. accr. (7. 2.) Idem Neratius — Inde Neratius. L. 38. de S. P. R. (8. 3.) Flumine publico — Flumine interveniente. L. 53. ad L. Aquil. (9. 2.) Si boves alienos — Boves alienos. L. 54. ibid. Legis Aquiliae actio — Legis Aquiliae debitori. L. 28. comm. divid. (10. 3.) Sabinus ait — Sabinus in re. L. 19. de interrog. in iur. (11. 1.)

Si filius qui cum patre — Si filius cum pro patre. L. 14. de servo corrupto (11. 3.) Ut enim — Ut tantum. L. 22. de iurciur. (12. 2.) Quidam putant — Quidam et de peculio. L. 28. eod. Duobus reis — In duobus. L. 1. de condict. furt. (13. 1.) In re furtiva — In furtiva re. L. 4. de condict. tritic. (13. 3.) Si res aliqua — Si merx aliqua. L. 6. commod. (13. 6.) Et alterutro — Ut alterutro. L. 12. eod. Si mea — Si mei. L. 17. de pignor. act. (13. 7.) Sane Divi Verus — Sane Divi Severus (Eine ſonſt noch äußerſt oft vorkommende Variante!) L. 25. ibid. Si servos pignoratos — Pignoratos servos. L. 39. ibid. Caius Seius ob mutuam — Caius Seius ob pecuniam. L. 3. ad L. Rhod. (14. 2.) Cum aut arbor — Cum arbor. L. 5. de institor. act. (14. 3.) Quicunque igitur — Cuicunque igitur. L. 8. ibid. Nam plerique — Nam et plerique. L. 18. ibid. Institor is est — Institor est. L. 3. de peculio (15. 1.) Licet praetor — Licet tamen. L. 4. ibid. Peculium est — Peculii est. L. 15. ibid. Et si duo — Sed si duo. L. 17. de in rem vers. (15. 3.) Servus si in rem — Servus in rem. L. 31. ad SCt. Velleian. (16. 1.) Paulus si mulier — Si mulier. L. 19. de compens. (16. 2.) Debitor si pecuniam — Debitor pecuniam. L. 6. Depos. (16. 3.) Proprie in — Proprie autem. L. 18. ibid. De eo quod tumultus —

Quod tumultus. L. 15. ibid. Si mandassem — Si mandatum. L. 24. ibid. Seu ob immanes — Seu ob inanes. L. 55. ibid. Procurator qui res — Procurator qui non. L. 64. pro socio (17. 2.) Ita quoque — Itaque cum. L. 3. de contr. emt. (18. 1.) Si res ea — Si res ita. L. 3. de act. E. V. (19. 1.) Id est id quo — Id est quo. L. 30. ibid. Servus quem a me — Servus quem de me. L. 41. ibid. Cum forte idem — Cum et forte. L. 45. ibid. Idemque Iulianus — Id est Iulianus. L. 54. ibid. Si servus tuus — Si servus quem. L. 18. locati (19. 2.) In quo inerit — In quo etiam L. 9. de pignor. (20. 1.) Sed et quo — Sed et quod. L. 11. de evict. (21. 2.) Lucius Titius in Germania — Lucius Titius praedia. L. 19. ibid. Sed et si nulla — Sed et si stipulatio. L. 53. ibid. In fundo vendito — In fundo tradito. L. 19. de usuris (22. 1.) Paulus respondit — Respondit Paulus (Solche Conversionen finden sich auch sonst sehr oft!) L. 33. ibid. Si bene collatae — Si bene collocatae. L. 38. ibid. Videamus generaliter — Videamus generatim. L. 26. de probat. (22. 3.) Procula cum magnae — Procula magnae. L. 19. de testib. (22. 5.) Inviti testimonium in iudicio — Inviti testimonium non dicunt. L. 3. de R. N. (23. 2.) Si neptem — Si nepotem. L. 23. de iure dot. (23. 3.) Qui autem —

Quod autem. L. 5. de pact. dotal. (23. 4.) Conveniri non potest — Illud convenire L. 25. ibid. Qui de reddenda — Quod de reddenda. L. 39. de donat. int. V. et U. (24. 1.) Vir cum uxori — Vir uxori. L. 4. solut. matr. (24. 3.) Si cum pater — Si pater sine. L. 7. de impens. in rem dot. (25. 1.) Cum mater habebit — Mater habebat. L. 21. ibid. Si cum mulier — Si mulier cum. L. 1. de confirm. tut. (26. 3.) Et ne — Ut ne. L. 11. ibid. Quidam testamento — Avia testamento. L. 32. de admin. tut. (26. 7.) Et sine herede — Sine herede. L. 1. de tutel. et rat. (27. 3.) De omnibus — In omnibus. L. 16. ibid. Si adhuc Cum — Si cum adhuc. L. 3. de curat furios. (27. 10.) Cum deliberans — Dum deliberans. L. 8. de lib. et posth. (28. 2.) Si a primo — Si primo. L. 26. ibid. Filiusfamilias miles similiter — Filiusfamilias si militet. L. 29. ibid. Gallus Aquilius — Gallus sic. L. 31. ibid. Cum apud — Dum apud. L. 7. de iniusto rupto (28. 3.) Nam si miles — Si miles. L. 8. ibid. Certum est — Verum est. L. 5. de hered. inst. (28. 5.) Apud Iulianum — Si eiusmodi. L. 11. ibid. Attius fundi — Titius fundi. L. 18. ibid. Quaesitum est — Sabinus: quaesitum est. L. 28. ibid. Si quis — Si ita. L. 41. ibid. Et hoc Titius — Et hoc Tiberius. L. 74. Si ita —

Si quis. L. 84. ibid. Si servo fideicommissaria — Si servo fideicommissa. L. 8. de militari test. (29. 1.) Idem et si — Idem est et si. L. 14. de acquir. her. (29. 2.) Idem etiam — Idem est L. 42. ibid. Si pupillus paterna — Iulianus libro 26. L. 61. ibid. Si minor vigintiquinque — Si minor annis (Auch sonst oft!) L. 83. ibid. Si totam hereditatem — Si totam an partem. L. 86. ibid. Pantonius — Pannonius. L. 90. ibid. Per procuratorem — per curatorem (Auch sonst mehrmals!) L. 18. si quis omiss. causs. test. (29. 4.) Duo heredes — Si duo heredes. L. 13. de iure codicill. (29. 7.) Illud sine dubio — Illud enim. L. 14. de legat. I. (30.) Si ita sit scriptum — Si ita sit adscriptum. L. 32. ibid. Si quis a filio — Si paterfamilias. L. 35. ibid. Si alienum hominem — Si heres alienum. L. 77. ibid. Si pecunia apud — si pecunia fuit. L. 102. ibid. Si minor viginti — minor quam. L. 29. de legat. II. (31.) Celsus pater — Pater meus. L. 36. ibid. Legatum est donatio — Legatum est quaedam. L. 45. ibid. Si ita scriptum sit — Si ita sit scriptum. L. 46. ibid. Si scripsisset — Si ita scripsisset. L. 47. ibid. Sempronius Proculus — Sempronius Proculo. L. 55. ibid. Si Titio et mihi — Si mihi et Titio. L. 76. ibid. Cum filius diversis — Cum filius divisis. L. 89. ibid. Testator filium — Testa-

mento filium. L. 15. de legat. III. (32.) Hac res testatoris — Heres testatoris. L. 27. ibid. Paulo Callimacho — Paulo Callinico. L. 54. ibid. Si tibi pure — Si pure tibi. L. 68. ibid. Iulianus — Iunianio. L. 74. ibid. Si quis servos — Si puis suos. L. 15. de annuis legat. (33. 1.) Eum qui rogatus Iavolenus eum qui. L. 24. ibid. Cum erat pecunia — Cum erat certa. L. 24. de usu et usufr. leg. (33. 2.) Uxori usufructu — Uxori fructu. L. 38. ibid. Fundi Trebutiani — Fundi Acbutiani. L. 43. ibid. Multum interest — Nihil interest. L. 5. de dote praeleg. (33. 4.) Dote praelegata — Dote relegata. L. 8. de instructo (33. 7.) Instrumenta fundi — Instrumento fundi. . L13. ibid. Tabernae cauponae — Tabernae cauponiae. L. 17. ibid. Pictoris — Item pictoris. L. 3. de pecul. leg. (33. 8.) At si — Et si. L. 5. de auro (34. 2.) Apud Pamphilium — Apud Phuphidium. L. 9. ibid. Plautius mulieri — Plautius: mulier. L. 19. de adim. leg. (34. 4.) Si adimendo — Modestinus respondit. L. 27. ibid. Si servus legatus — Servus legatus est. L. 11. de reb. dub. (34. 5.) Si ita fuerit — Si fuerit legatum. L. 16. de his quae ut indign. (34. 9.) Cum secundis tabulis — Cum tabulis secundis. L. 21. ibid. Portiones quoque — Portionesque. L. 14. de cond. et dem. (35. 1.) Si Titius statuas —

Titius si statuas. L. 15. ibid. Cum fuerit — Cui fuerit. L. 43. ibid. Plautius heres — Plautius rogans. L. 81. ibid. I. Paulus Aufidio — I. Paulus Numphidio. L. 8. ad L. Falcid. (35. 2.) In lege Falcidia — In legem Falcidiam. L. 9. ibid. In lege Falcidia — In Falcidia. L. 24. ibid. Paulus respondit Falcidiae — Falcidiae legis rationem. L. 27. ibid. Scius et Agerius — Scius et Augerius. L. 34. ibid. Iulianus notat — In testatoris servo. L. 46. ibid. Qui quid per Falcidiam — Qui quid per legem. L. 68. ibid. Hereditatum computationi — Computationi in alimentis. L. 25. ad SCt. Trebell. (36. 1.) Quidam ita in — Quidam in testamento. L. 58. ibid. Deducta quarta parte — Deducta parte quarta. L. 7. ut in possess. legat. (36. 4.) Cum venter — Dum venter. L. 10. ibid. Si inutiles sint — Si nullae sint. L. 14. de B. P. c. t. (37. 4.) Ex duobus — Si duobus. L. 18. ibid. Sub conditione — Sed sub conditione. L. 23. de legat. praestand. (37. 5.) Ili quibus relictum — Ili quibus vel. L. 1. de dot. collat. (37. 7.) Quamvis — Quamquam. L. 5. de carbon. edict. (37. 10.) Sed et si is — Sed si is qui. L. 3. Si a parente quis (37. 12.) Pantonius — Paconius. L. 21. de iure patronat. (37. 14.) Sive libertus — Sive patronus. L. 24. ibid. Carmelia — Camelia. L. 14. de oper. libert. (38. 1.)

Plane cum nupta — Plane cum desierit. L. 26. ibid. Medicus patronus — Medicus libertus. L. 32. ibid. Is qui onerandae — Qui onerandae, L. 14. de bon. libert. (38. 2.) Qui cum natu maior — Qui cum maior natu. L. 42. ibid. Filius qui patri — Si filius qui patri. L. 4. ad SCt. Tertull. (38. 17.) Matris intestato — Matris intestatae. L. 5. ibid. Aequissimum est — Aequissimum visum. L. 28. de damn. inf. (39. 2.) In hac stipulatione — In hanc stipulationem. L. 37. ibid. Nam si non sit — Nam si non fuit. L. 38. ibid. Cum emtor aedium — Emtor aedium. L. 45. ibid. A quo fundus — Aedificatum habes. L. 14. de aqua et aqu. pluv. (39. 3.) Atteius — Anteius. L. 21. ibid. Si in meo fundo — Si in meo aqua. L. 8. de donat. (39. 5.) Quae statuliberi — Quae liberti. L. 11. ibid. Cum de donatione — Cum de modo. L. 27. ibid. Atilius — Aquilius. L. 5. de mort. causs. donat. (39. 6.) Aut aetate confectus — Aut aetate fessus. L. 14. ibid. Si mortis caussa fundus — Si mortis caussa donans. L. 34. ibid. Mortis caussa donatio sic — Mortis caussa donatio etiam. L. 12. de manumiss. (40. 1.) Lege Flavia — Lege Favia. L. 20. eod. Caussam viginti — Caussam minor. L. 24. ibid. Lege Iunia Patronia — Lege Iunia Petronia. L. 9. de manumiss. test. (40. 4.) Si quis ita

sit — Si quis ita legatus. L. 5. ibid. Imperator Verus — Imperator Missenio. L. 17. de fideicomm. libert. (40. 5.) Scaevola Claudius — Cum tibi visum. L. 42. ibid. Antoninus Augustus — Antoninus Pius. L. 43. 46. ibid. Fideicommissaria — Fideicommissa. L. 21. de statulib. (40. 7.) Labeo libro secundo — Labeo libro posteriorum. L. 13. qui et a quib. manum. (40. 9.) Quod si ultra — Quod si intra. L. 19. ibid. Competit libertas — Nulla competit. L. 27. ibid. Qui in fraudem — In fraudem. L. 5. de iure aureor. annul. (40. 10.) Qui ius — Is qui ius. L. 1. de liberal. caussa (40. 12.) Si quidem is — Si quando is. L. 15. ibid. Idem est — Id est. L. 17. ibid. Si servo emente — Si servo et in eo. L. 22. ibid. Non solus — Non solum. L. 40. ibid. Cum pacto participationis — Cum pacto partitionis. L. 41. ibid. Liberalis caussa — Si in obscuro. L. 4. si ingen. esse dic. (40. 14.) Haec oratio — Oratio quae. L. 2. de A. R. D. (41. 1.) Vel ea quae — Vel quae ex his. L. 4. ibid. Nisi sint mansuactae — Nisi si mansuaefactae. L. 10. ibid. Acquiritur nobis — Adquiruntur nobis. L. 26. ibid. Sed si ex meis — Sed si meis. L. 38. ibid. Martianus — Attius. L. 56. ibid. Insula est nata — Insula est enata. L. 62. ibid. Quaedam sunt — Quaedam quae. L. 7. de

acquir. poss. (41. 2.) Sed si nolit — Et si nolit — Sed et si nolit. L. 9. ibid. Generaliter autem — Generaliter quisquis. L. 14. ibid. Si servus meus — Si servus vel. L. 21. ibid. Interdum eius rei — Interdum eius possessionem. L. 8. de usurp. (41. 3.) Labeo et Neratius — Labeo, Neratius. L. 41. ibid. Si rem mihi — Si rem surreptam. L. 48. ibid. (in vulg. L. 3. pro sol.) Si existimans — Si aestimans. L. 7. pro emt. (41. 4.) Qui fundum possidebat — Qui fundum pro emptore. L. 4. pro legato (41. 8.) Pro legato usucapi — Pro legato potest. L. 3. de re iudic. (42. 1.) Qui condemnare — Qui damnare. L. 49. ibid. Exheredatum vel — Et exheredatum. L. 12. quib. ex causs. in poss. (42. 4.) Cum legati — Cum legatorum. L. 2. de reb. auct. iud. (42. 5.) Venire ibi bona — Venire bona ibi. L. 13. ibid. Quamvis bona — Quamvis possessa. L. 6. quae in fraud. cred. (42. 8.) Qui autem cum — Quod autem cum. L. 9. ibid. Qui a debitore — Is qui a debitore. L. 18. ibid. Si pignus vir — Et si pignus vir. L. 6. ne quid in loco publ. (43. 8.) Ei qui interdicto — Ei qui hoc. L. 3. de vi et vi arm. (43. 16.) Idem est — Quod est. L. 16. ibid. Interdicto — In interdicto. L. 3. uti possid. (43. 17.) Si duo quoque — Si duo possideant. L. 3. de itinere actuque (43. 19.) Unde etiam — Inde etiam. L. 6. ibid.

Sicut enim — Sicut non. L. 5. de precario (43. 26) Sed et si manente — Sed si manente. L. 9. ibid. Precaria — Precario. L. 14. ibid. Interdictum de precariis — Interdictum de precario. L. 7. de except. rei iudic. (44. 2.) Si qua cum — Si quis cum. L. 21. ibid. Si cum testamento — Si cum argentum. L. 1. de doli exc. (44. 4.) Qui dilucidius — Qui lucidius. L. 11. ibid. Procurator agit — Si procurator agit. L. 4. de O. et A. (44. 7.) Ex maleficiis — Ex maleficio. L. 19. de V. O. (45. 1.) Si ita stipulatio — Si stipulatio facta. L. 63. ibid. Si quis ita stipulatus — Si ita quis stipulatus. L. 91. ibid. Si servum Stichum — Si servum stipulatus. L. 122. ibid. Si servum Stichum — Si servum stipulatus. L. 123. ibid. Si plagii — Si flagitii. L. 29. de stipul. servos. (45. 3.) L. 31. ibid. Si usufructuarii aut — Si iussu usufructuarii. L. 31. de fideiuss. et mand. (46. 1.) Si fideiussor vel alius — Si fideiussor vel quis. L. 53. ibid. Capitis rei — Capitis postulati. L. 63. ibid. Inter creditorem — Inter creditricem. L. 71. ibid. Uranus — Granius. L. 7. de novat. (46. 2.) Cum enim pecuniam — Cum enim pecunia. L. 16. ibid. Servus ne — Servus rei. L. 19. ibid. Doli mali exceptio — Doli exceptio. L. 24. ibid. Novatio autem — Novatio non potest. L. 31. ibid. A te hominem — Te hominem. L. 34. ibid. Dubi-

tari non oportet — Dubitari non debet. L. 2. de solut. (46. 3.) Cum in re agenda — Dum in re agenda. L. 17. ibid. Cassius ait si pecuniam — Cassius ait si cui. L. 19. ibid. Fugitivus servus — Fugitivus meus. L. 23. ibid. Solutione vel — Solutionem vel. L. 45. ibid. Quamvis stipulanti — Callipo respondit. L. 70. ibid. Quod in diem — Quod certa die. L. 80. ibid. Prout quisque — Prout quidque. L. 89. ibid. Si ex pluribus — Ex pluribus. L. 18. de acceptilat. (46. 4.) Et uno et — Et uno ex. L. 7. de stipul. praet. (46. 5.) Praetoriae stipulationes — Praetoriae satisdationes. L. 10. ibid. Valerianus respondit — Praeses qui. L. 10. iudic. solvi (46. 7.) Si ad defendendum — Sive ad defendendum. L. 5. ratam rem (46. 8.) Paulus respondit — Non tantum. L. 11. ibid. vel paciscatur — Vel si paciscatur. L. 15. de furtis (47. 2.) Creditoris cui — Creditoris eius. L. 16. ibid. Ne cum filiofamilias — Nec cum filiofamilias. L. 29. ibid. Hoc amplius etiam — Hoc amplius et. L. 63. ibid. Non poterit — Non potest. L. 82. ibid. Fullo et — Fullo vel. L. 90. ibid. Fullo si actione — Fullo actione. L. 2. si familia furtum. (47. 6.) Id est poena — Id est et poena. L. 5. ibid. Si familia communis — Familia communis. L. 11. de iniuriis (47. 10.) Non solum autem — Non solum is. L. 23. ibid. Is qui in domum — Qui in do-

mum. L. 2. de sepulchro viol. (47. 12.) Si sepulchra — Si Sepulcrum. L. 5. de praevaricator. (47. 15.) Accusator de — Accusator in L. 2. de effractor. (47. 18.) In effractores — Inter effractores. L. 3. de termino moto (47. 21.) Agraria lege — Lege agraria. L. 2. de collegiis (47. 22.) Qui illicitum — Quisquis illicitum. L. 1. de popular. act. (47. 23.) Popularem actionem — Eam popularem. L. 18. de accus. (48. 2.) Titia cum — Cum Titia. L. 2. ad L. Iul. maiest. (48. 4.) Quive e provincia — Quive de provincia. L. 9. ad L. Iul. de adult. (48. 5.) Et si amicis — Et si amici. L. 39. ibid. Vim passam esse — Vim passam mulierem. L. 4. ad L. Iul. de vi publ. (48. 6.) Utive id fieret — Utive id staret. L. 5. ibid. Qui coetu concursu — Qui coetu conversu. L. 16. ad L. Corn. de fals. (48. 10.) Paulus respondit — Instrumentorum surreptorum. L. 3. 4. de lege Fabia (48. 15.) Lege, legis, Flavia, ae, — Lege, legis, Favia, ae. L. 17. de quaest. (48. 18.) Extraneo — Extrario. L. 11. de poenis (48. 19.) Perspiciendum — Respiciendum. L. 17. ibid. Quidam sunt — Sunt quidam. L. 26. ibid. Crimen paternum — Crimen vel poena. L. 28. ibid. Capitalium quoque — Capitalium poenarum. L. 36. ibid. In metallum et — In metallum sed. L. 5. de iure fisci (49. 14.) Si procurator — Si curator. L. 7.

de re militari (49. 16.) Proditores vel — Proditores transfugae. L. 19. de castr. pec. (49. 17.) Hereditate ab agnato — De hereditate ab. L. 12. ad municipal. (50. 1.) Et ei qui — Et ei contra. L. 16. ibid. Sed si is emancipetur — Sed si emancipetur. L. 23. ibid. Municeps desinit esse — Municeps esse desinit. L. 2. de iure immunit. (50. 6.) Hi qui certa — Si qui certa. L. 6. de decret. ab ord. (50. 9.) Municipali lege — Municipii ita lege. L. 5. de pollicitat. (50. 12.) Charidemus respondit — Charidemo respondit — Ex epistola. L. 3. de extraord. cogn. (50. 13.) Medicus cui — Si medicus cui. L. 1. de proxenet. (50. 14.) Proxenetica licito — Proxenetico iure. L. 4. de V. S. (50. 16.) Pecuniae appellatione — Nominis appellatione. L. 12. ibid. Si cui ex emto — Ut si cui ex. L. 57. ibid. Quibus praecipua — Cui praecipua. L. 75. ibid. Restituere videtur — Restituere is. L. 88. ibid. Propemodum tantum — Tantum quisque. L. 92. ibid. Proximus est quem — Proximus est cui. L. 98. ibid. Cum bissextus — Cum bissextum. L. 131. ibid. Aliud. fraus est — Aliud est fraus. L. 144. ibid. Masurius scribit — Libro memorialium. L. 146. ibid. Soceri et socrus — Soceri socrus. L. 157. ibid. Quantum ad iuris — Paries et sive murus. L. 182. ibid. Paterfamilias peculium — Paterfami-

lias liber. L. 233. ibid. Si calumnietur — Si calvitur. L. 3. de R. I. (50. 17.) Eius est nolle — Eius est non nolle. L. 15. ibid. Qui actionem — Is qui actionem. L. 24. ibid. Quatenus cuius — Quatenus cuiusque. L. 29. ibid. Quod initio — Quod ab initio. L. 66. ibid. Marcellus ait. — Marcellus definit. L. 87. ibid. Nemo enim persequendo — Nemo enim in persequendo. L. 99. ibid. Non potest videri — Non potest improbus. L. 107. ibid. Cum servo — Cum servis. L. 163. ibid. Cuius est donandi — Cui ius est donandi. L. 168. ibid. Capienda — Rapienda. L. 175. ibid. In iis officiis — In his quae officium. L. 188. ibid. Ubi repugnatia — Ubi pugnantia. L. 146. ibid. Quisquis cum — Quisquis dum.

Und doch mag dieses Heer von Varianten etwa nur ⅔ betragen! Denn selbst Gebauer hat da und dort manche andre, wogegen ihm aber auch viele der vorhin genannten fehlen; und die neueste musterhafte Bearbeitung der Fragmente der Titel de V. S. *) setzt es ganz außer Zweifel, daß der kritische Fleiß hier überall auf die Entdeckung neuer Varianten rechnen kann.

Uebrigens gibt es in Beziehung auf die Citir-Methoden noch manche kleine Dinge, worüber es keines förmlichen

*) De verborum significatione tituli Pandectarum et Codicis cum variae lectionis apparatu curavit Andr. Guil. Cramer. Kil. 1811. 4.

Unterrichts bedarf, weil ein, auch nur geringes eigenes Urtheil dabey durchhelfen wird, z. B. daß alle mit: ad anfangenden Rubriken im Titel-Regiſter unter A., die mit: De anfangenden aber unter dem Buchſtaben des nächſten Worts aufzuſuchen ſind, und daß man manche der bekannteſten Titel bloß durch Buchſtaben bezeichnet z. B. de R. D. (rerum divisione) de R. C. (rebus creditis), de R. N. (ritu nuptiarum), de B. P. s. t. oder c. t. (bonorum possessione secundum tabulas, contra tabulas), de A. R. D. (acquirendo rerum dominio) de R. V. (rei vindicatione), de V. S. (verborum significatione) de R. I. (regulis iuris). Wollte man ſich über dieſe und ähnliche Dinge förmlich verbreiten, ſo müßte man am Ende auch noch eine gelehrte Unterſuchung darüber anſtellen, wie in aller Welt manche unſrer Lehrer dazu kommen, immer zu ſagen: der Lex.

Eilfte Abhandlung.

Ueber die Natur der Rechte des Emphyteuta.

In einer früheren Abhandlung [1]) habe ich zu beweisen gesucht, daß die Eintheilung des Eigenthums in dominium directum und utile bloß durch die Eintheilung der Klagen in directas und utiles entstanden sey, also insofern eine, jetzt ganz leere Formalität betreffe; daß jene Eintheilung des Eigenthums nur auf die Fälle gehen könne, wo — nach der Strenge, oder der Billigkeit — ein Eigenthum Statt finde, folglich nicht auf die Rechte passe, welche kein Eigenthum sind, wenn auch wieder bey ihnen ein strenges und ein Billigkeitsrecht unterschieden werden könne; und daß daher namentlich das Recht des Emphyteuta, als ein bloßes ius in re aliena, weder ein dominium directum,

1) Meine Versuche. 2. B. 3. Abhandlung.

noch ein utile sey, sondern nichts weiter, als ein dingliches Recht an einer fremden Sache.

So viel ich weiß, und mich entsinne, haben meine Hauptbegriffe über dominium directum und utile allgemeinen Beyfall gefunden; allein in Betreff des Emphyteuta hat es mit dem juristischen Frieden nicht gelingen wollen. Verschiedene Schriftsteller traten auch in dieser Hinsicht meinen Ideen bey [2]), ohne jedoch immer in Betreff der consequenten Anwendung derselben glücklich zu seyn [3]); aber auf der andern Seite rückten mir tüchtige Dissentientes entgegen, welche mir jedoch auf allen Fall die Freude ließen, daß sie das gewöhnliche Schicksal der Alliirten hatten, und sich wieder unter einander nicht vertragen konnten. Ihre Uneinigkeit unter sich hat es dahin gebracht, daß nun alle denkbaren Theorien einen Verfechter gefunden haben. Während nämlich Savigny gegen mich zu beweisen sucht, daß der Emphyteuta nach dem neuesten Recht ein volles,

2) C. Groscurd de iure emphyteutico. Goett. 1803. F. Kaemmerer de operis novi nunciatione. Heidelb. 1807. p. 239—248.

3) So ungern ich es auch ausspreche, so muß ich es doch eine Inconsequenz nennen, wenn Malblank princ. iur. Rom. P. 2. Sect. 1. §. 415. not. c. über meine Entwickelung der Begriffe vom dominio directo und utili das: optime illustravit bezeugt, und dennoch §. 392. dem Emphyteuta den gefundenen Schatz zuspricht. Wenn er kein dominus ist, wo liegt denn der Grund, ihm Rechte zu gestatten, welche an sich nur aus dem Eigenthum fließen, ihm aber nirgend durch eine besondere Gunst eingeräumt sind?

strenges, wenn auch wiederrufliches, Eigenthum habe [4]), behauptet Du Roi umgekehrt, daß dem gewöhnlichen Emphyteuta nicht einmal eine dingliche Klage zustehe [5]); und Glück sucht gegen mich und Savigny die alten Ideen der Glossatoren über das dominium utile des Emphyteuta wieder geltend zu machen [6]), wobey er mir jedoch offenbar zu viel thut, wenn er behauptet, ich müsse nach meinen eignen Vordersätzen dem Emphyteuta ein dominium zuschreiben, weil ich ja sage, das Eigenthum bestehe aus Proprietät und Nießbrauch, und der Emphiteuta habe nicht bloß Nutzungs-, sondern auch Proprietäts-Rechte. Hätte ich gesagt: der Emphyteuta hat die Proprietät, so wäre der Einwand richtig. Allein meine Idee ging ja nur dahin, daß der Emphyteuta auch die Proprietäts-Rechte des sogenannten dominus directus beschränke, oder auch etwas von ihnen habe. Damit ist denn die Proprietät des Eigenthümers nicht aufgehoben, oder übertragen, sondern nur geschwächt. Denselben Fall finden wir auch bey dem Pfandgläubiger, insofern das, zur Proprietät mit gehörende Veräußerungsrecht auf ihn übergeht, so wie bey dem Nutznießer, insofern er die Form eines bloßen Ackerstücks umschaffen darf, wenn

4) Das Recht des Besitzes. 2. Aufl. S. 99—109.

5) G. A. W. Du Roi specimen observationum de iure in re. Heidelb. 1812. p. 64—72.

6) Erläut. der Pand. 8. B. §. 577. 600.

dessen Ertrag dadurch erhöht wird [7]); aber deswegen kann und wird Niemand sagen, daß der Pfandgläubiger und Nutznießer Eigenthümer der Sache sey.

Für die Behauptung, daß der Emphyteuta, als solcher, kein Eigenthum habe, sondern daß dasselbe dem Verleiher der Emphyteusis verbleibe, lassen sich aus den Gesetzen die entscheidendsten Gründe anführen, sowohl aus den Pandekten, als dem Codex. In jenem sagt Paulus [8]) ausdrücklich, und in Beziehung auf die Emphiteusis:

Qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt a municipibus, quamvis non efficiantur

7) L. 13. §. 5. de usufr. (7. 1.). Die neue Erklärung dieses Fragments in Feuerbach civil. Vers. 1. Thl. n. 4., welche schon von Hagemann in Hugo Civ. Magaz. 3. B. 3. Hft. nr. XIII. angefochten ist, kann ich auch nicht gelten lassen, so sehr ihr das Lob des Scharfsinns gebührt. Denn nach der natürlichen Wortfolge geht das: etsi — fuerunt nur auf den Vordersatz: perinde — instituere; auch wäre es unerklärlich, wie der Jurist dazu kommen konnte, einen notorischen, unbestreitbaren Rechtssatz mit dem Zweifelnden forsitan anzufangen. Die Sache ist sehr einfach. Bey Gebäuden und Lustgärten gibt es in der Regel in Betreff der Form Liebhabereyen, und da darf denn eben deswegen der Nutznießer seinen Geschmack dem Proprietar nicht aufdringen. Aber bey bloßen Ackerstücken (wozu in Weinländern auch die Weinberge gehören) kommt es in der Regel nur auf den Ertrag an, und da kann man im Zweifel immer auf die Zufriedenheit des Eigenthümers rechnen, wenn der Nutznießer den Ertrag nicht mindert, oder gar mehrt. Wir finden ja auch sonst, daß leere Grundstücke ganz anders behandelt werden, als Gebäude, L. 1. §. 9. de arbor. caedend. (43. 27.).

8) L. 1. §. 1. si ager. vectigal. (6. 3.).

domini, tamen placuit competere eis in rem actionem adversus quemvis possessorem; sed et adversus ipsos municipes.

Daſſelbe hat, wie ſich nachher ergeben wird, Ulpianus mehrmals wiederholt. Der Codex ſpricht jenes Verhältniß noch deutlicher aus. In der Haupt-Conſtitution, worin Zeno die Natur der Emphiteuſis allgemein beſtimmte [9]), iſt ausdrücklich geſagt, ſie ſolle ſeyn, weder conductio, noch *alienationis titulus*, ſondern ein eignes drittes Geſchäft; und bald nachher wird in demſelben Titel der Verleiher der Emphyteuſis zehnmal hinter einander dominus genannt [10]). Iſt ſie alſo keine alienatio, und ſteht ſie zwiſchen Veräußerung und Pachtung in der Mitte, ſo kann ſie kein Eigenthum verleihen, wenn man auch, wegen des tiefen Eingreifens der mannigfaltigen Rechte des Emphyteuta in das Eigenthum, wohl ſagen kann, daß ſie dem Eigenthum nahe komme. Daher wird denn auch nachher in Beziehung auf fundos patrimoniales von Perſonen geredet, qui aut rescripto, aut adnotatione dominium, vel emphyteusin, vel conductionem meruerint [11]), wodurch abermal die Emphyteuſis vom Eigenthum klar unterſchieden iſt. Daſſelbe geſchieht aufs Neue in Nov. 7. c. 1., indem hier Juſtinianus bemerkt,

9) L. 1. C. de iure. emphyteus. (4. 66.).

10) L. 3. C. eod.

11) L. 8. C. de fund. patr. (11. 61.).

daß die Emphyteusis non procul ab alienatione consistit, folglich doch von derselben und der Eigenthumsverleihung verschieden sey.

Hätten wir nichts weiter, als diese gesetzlichen Aeußerungen, so würden selbst die Glossatoren kein Bedenken getragen haben, dem Emphyteuta das Eigenthum gänzlich abzusprechen. Allein es gibt im Codex zwey Constitutionen, welche dem Emphyteuta doch am Ende ein dominium beyzulegen scheinen. Diese Constitutionen lauten so:

L. 4. C. de fund. patr. (11. 61.) Imppp. Valens Gratian. et Valentinian.

Fundi patrimoniales, et qui ex emphyteutico iure ad domum nostram diversis generibus devoluti sunt, si eis, qui eos poposcerint, cedunt, ut commissi metus esse non possit. Neque enim magis commodamus nostra, quam tradimus ea iure dominii, ita tamen, ut ea, quae in nostra possessione positi praestiterint, et in posterum solvant.

L. 12. C. ibid. Impp. Theodos. et Valentinian.

Possessores, vel emphyteuticarii patrimoniales, qui fundos minime nunc usque comparaverunt, eodem largitatis modo nequaquam ad eorum comparationem urgeantur, sed tanquam pretiis

depensis, sic eis nostri numinis beneficio potiantur, ut quod iuris alter inferendo pretium consecutus est, hoc nostra liberalitate praedictus emphyteuticarius habeat. Illud quoque ius, in quibus coluit praediis, quod aut ex successione, aut ex comparatione privata, aut nostri numinis liberalitate, aut quocunque modo possedit, sciat illibatum intemeratumque servari; licentia eis concedenda, etiam libertates ex fundis patrimonialibus atque emphyteuticariis, cum fundorum sint domini, praestare.

Immer ist man nun bey diesen Constitutionen von der Idee ausgegangen, es werde darin dem Emphyteuta, als solchem, ein dominium zugeschrieben, und da wußten sich dann die Glossatoren und ihre Anhänger nicht anders zu helfen, als daß sie sagten: man müsse dieß vom dominio utili verstehen, und dagegen die Stellen, welche den Verleiher der Emphyteusis einen dominus nennen, vom dominio directo. Diese Ausflucht ist aber augenscheinlich in sich matt und gewaltsam. Eigenthum und Eigenthum heben sich auf, und ein, gegen die Strenge wirklich eingeräumtes Eigenthum, vernichtet das ihm entgegenstehende directe, besonders nach Justinians Verordnung über die Gleichstellung aller Arten des Eigenthums [12]). Unbegreiflich ist es also nach

12) L. un. C. de nudo iure quirit. toll. (7. 25.).

jener Erklärung, wie dennoch dem Verleiher der Emphyteusis in demselben Codex, so ohne alle Einschränkung ein dominium zugeschrieben werden konnte; und noch unbegreiflicher, wie es möglich war, daß mehrmals eingeschärft wurde, die Emphyteusis gebe kein dominium, und sey keine alienatio. Ich habe daher früher diesen Ausweg versucht: das Wort dominium bedeute zwar im engsten gewöhnlichen Sinn bey den Römern das eigentliche Eigenthum, aber in allgemeiner Bedeutung gehe es auch auf jedes dingliche Recht, namentlich Servituten und Pfandrecht. Da nun der Emphyteuta sein ius in re aliena mit einer vindicatio schützen könne, so habe man jene beyden Constitutionen bloß auf die Dinglichkeit des emphyteuticarischen Rechtes zu beziehen. Allein auch diese Erklärung ist unhaltbar. Denn nach der letzten Constitution soll der Emphyteuta Pertinenz-Sklaven manumittiren können, cum fundorum sit dominus, und dieß folgt offenbar nicht aus der bloßen Dinglichkeit eines iuris in re aliena; auch will dazu eine andre Constitution [13]) nicht passen, welche die Freylassung der Pertinenz-Sklaven einer Emphyteusis verbietet, wenn kein Eigenthum dabey Statt gefunden habe.

Alle Schwierigkeiten verschwinden hier indeß ganz leicht, wenn man andre Constitutionen zu Hülfe nimmt,

13) L. 2. C. de mancip. et colon. (11. 62.).

woraus sich klar ergibt, daß die Kaiser, welche die Domainen nur zu oft verschleuderten, die, von ihnen als Emphyteusis ausgeliehenen Güter sehr häufig den Emphyteuten eigenthümlich überließen, wo diese denn natürlich wahre Eigenthümer wurden, wenn sie auch als solche dem Kaiserlichen Schatz eine jährliche Abgabe zu entrichten hatten [14]). Davon, und davon allein, reden nun jene beyden Constitutionen, wie schon die Worte: fundi cedunt, und qui fundos comparaverunt ganz klar beweisen, und damit erklärt es sich auch ganz von selbst, wie an dem einen Orte die Entlassung der Pertinenz-Sklaven gestattet werden konnte, wenn der Emphyteuta dominus geworden sey, während sie, bey dem Abgange des Dominii, an einem andern Orte verboten wird. Jene Constitutionen beweisen also eben so wenig ein Eigenthum des Emphyteuta, als sich ein Eigenthum des Miethers deswegen annehmen läßt, weil er es bekommen kann, wenn er die gemiethete Sache kauft.

Die Gründe, wodurch Savigny seine ganz neue Ansicht zu rechtfertigen sucht, sind diese:

1) Das Recht des Inhabers eines ager vectigalis sey vor Justinianus dem dominio bonitario ganz gleich gewesen, und der Verleiher desselben habe nur ein nudum ius quiritium behalten. Dieß werde

14) L. 14. C. de fund. patrim. (11. 61.) L. 7. C. de fund. rei priv. (11. 65.) L. 5. C. de divers. praed. urb. (11. 69.)

A) Schon dadurch angedeutet, daß nach bestimmten Zeugnissen [15]) eine Partey der Juristen den emphyteutischen Contrakt, welcher nach den Gesetzen der Verleihung eines ager vectigalis ganz gleich sey [16]), für eine venditio oder alienatio erklärt habe, welches nur unter der Voraussetzung eines dominii bonitarii möglich gedacht werden könne. Noch mehr aber ergebe sich dasselbe

B) daraus, daß das Pandekten-Recht den Inhaber eines ager vectigalis überall nicht dem Nutznießer, sondern dem dominus bonitariis gleichstelle, indem er danach namentlich

a) die Früchte nicht erst durch Perception, wie der Nutznießer, sondern schon durch bloße Seperation erwerbe [17]); auch

b) sich der, dem Nutznießer nicht eingeräumten actio arborum furtim caesarum, und aquae pluviae arcendae bedienen könne [18]); und

c) ganz wie der prätorische Eigenthümer von Cautionen im Proceß frey sey [19]).

15) §. 3. I. de locat. (3. 25.) L. 1. C. de iure emphyteut. (4. 66.)

16) Dieß beweist die Rubrik des Pandekten-Titels, Lib. 6. T. 3.: Si ager vectigalis, id est emphyteuticarius, petatur, und die, hierin gleichlautende L. 15. §. 1. qui satisd. cog. (2. 8.)

17) L. 25. §. 1. de usur. (22. 1.)

18) L. 3. §. 4. L. 23. §. 1. de aqua et aquae pluv. arc. (39. 3.) L. 5. §. 2. 3. arbor. furt. caesar. (47. 7.).

19) L. 15. §. 1. qui satisd. cog. (2. 8.)

Nun aber habe Justinianus jedes dominium bonitarium in ein quiritarium umgewandelt [20]). Stehe also der Emphyteuta dem Inhaber eines ager vectigalis gleich, wie es, nach dem Obigen, wenigstens das interpolirte Pandekten-Recht sage, so sey jetzt das Recht des Emphyteuta aus dem: res in bonis est in ein dominium quiritarium umgeschaffen, obgleich unter Umständen der Verleiher der Emphyteusis die Sache wieder an sich ziehen könne.

2) In einem Pandekten-Fragment werde bestimmt dem Inhaber eines ager vectigalis der *fundus* zugeschrieben, und jeder Andere von ihm unterschieden, welcher nur ein ius an dem Grundstück habe. Dieß ist auch wirklich wahr. Diese merkwürdige Stelle lautet so:

L. 1. de condict. triticiaria (13. 3.) Ulpianus lib. 27. ad edictum:

Et generaliter dicendum est, eas res per hanc actionem peti, si quae sint praeter pecuniam numeratam, sive pondere, sive mensura constent; sive mobiles sint, sive soli. Quare fundum quoque per hanc actionem petimus, et si vectigalis sit; sive ius stipulatus quis sit, veluti usumfructum, vel servitutem utrorumque praediorum.

20) L. un. C. de nudo iure quirit. toll. (7. 25.)

3) In der vorhin wörtlich angeführten L. 12. C. de fund. patrim. (11. 61.) werde dem Emphyteuta ausdrücklich ein dominium zugestanden. Dieß sey denn, in Vergleichung mit den Gesetzen, welche den Verleiher der Emphyteusis einen dominus nennen, so zu nehmen, daß der Verleiher ein dominium quiritarium, der Emphyteuta aber ein dominium bonitarium habe.

Gegen diese Ansicht glaube ich nun mit vollem Recht dieß erinnern zu können:

1) Daß eine Partey der älteren Juristen dem Emphyteuta ein Eigenthum zuschrieb, ist freylich gewiß; aber die Meynung eben dieser Partey ward ja grade durch Zeno in einer besondern Constitution verworfen. Diese Verordnung publicirte Justinianus im älteren Codex, er ließ bald darauf in den Institutionen deren Inhalt wiederholen, und in den Pandekten grade in dem Titel über die Emphyteusis den Juristen Paulus mit größter Bestimmtheit sagen, daß der Emphyteuta kein dominium habe: wie kann nun also das emphyteuticarische Recht unter eine Vorschrift fallen, welche bloß das Eigenthum betrifft, also nichts mit den Rechten zu thun hat, welche nach der eignen Erklärung des Gesetzgebers kein Eigenthum seyn sollen? Auch an ein dominium praetorium des Emphyteuta darf hier nicht gedacht werden, da der Verkäufer zunächst nicht mehr als ein solches Eigenthum zu geben braucht, und doch die Verleihung der Emphy-

tensis dem Verkauf nicht gleichstehen soll. Daß dem Emphyteuta mehr Rechte eingeräumt wurden, als dem bloßen Nutznießer, ist freylich wahr; allein daraus folgt sein Eigenthum noch nicht. Der Superficiar soll, wie es die Gesetze bestimmt sagen, weder nach natürlichen, noch nach bürgerlichen Rechten als Eigenthümer gelten [21]), und doch ist es außer Zweifel, daß sein Recht da und dort weiter geht, als das Recht des bloßen Nutznießers [22]). Aus Allem, was der Emphyteuta mehr hat, als der Nutznießer, folgt nur, daß er sich mit seinem Recht mehr, wie dieser, dem Eigenthum nähert, und daraus schlossen dann freylich manche Juristen auf das Eigenthum: allein dieser Schluß war durchaus falsch, und die Gesetze verwarfen ihn ausdrücklich. Wären daher auch die einzelnen, über den bloßen Nießbrauch hinausgehenden Rechte des Emphyteuta aus der Theorie der Parten entstanden, welche demselben ein Eigenthum zuschrieb (wie es auch möglich ist), so würde doch nun jener Entstehungsgrund practisch nichts mehr gelten, weil nach gesetzlicher Vorschrift eine ganz andere Hauptansicht anzunehmen ist.

2) Daß ein, überall schwankender Jurist, wie Ulpianus, welcher es nie gern mit einer Parten verdarb, und so auch wohl das Ungleichartige verband [23]), in einem

21) L. 2. de superficiebus (43. 18.).

22) L. 1. §. 7. 9. cod.

23) Z. B. L. 30. de mort. causs. donat. (39. 6.).

unbestimmten Ausdruck den ager vectigalis mehr auf die Seite des Eigenthums, als der Servituten zieht, war wohl ganz natürlich, zumal da auch nach der richtigen Entscheidung von Zeno die Emphyteusis dem Eigenthum nahe kommt, und weit über die Grenzen der Dienstbarkeiten hinausgeht. Man könnte ja auch noch immer sagen: die unbestimmte L. 1. de condict. tritic. (13. 3.) läßt darauf schließen, daß Ulpianus der Partey angehörte, welche dem Emphyteuta ein Eigenthum zuschrieb; indeß erhebt dieß jetzt nichts, da gesetzlich für das Nichteigenthum entschieden ward. Allein man bedarf dieses Ausweges nicht, da derselbe Jurist an zwey andern Orten, wo er sich recht bestimmt faßt, dem Emphyteuta, und dem Inhaber eines ager vectigalis nur ein ius praedii einräumt, und das Eigenthum gradezu abspricht, also meine obige Ansicht noch sehr bestärkt:

L. 3. §. 4. de reb. eor. (27. 9.) Ulpianus lib. 35. ad edictum:

Si ius ἐμφυτευτικον — habeat pupillus, videamus, an distrahi hoc a tutoribus possit? Et magis est, non posse, quamvis ius praedii potius sit.

L. 71. §. 5. 6. de legat. I. (30.) Ulpianus lib. 51. ad edictum:

Si fundus municipum vectigalis ipsis municipibus sit legatus, an legatum consistat, petique possit, videamus. Et Iulianus scribit, quamvis fundus vectigalis municipum sit, attamen, quia aliquod ius in eo is, qui legavit, habet, valere legatum. Sed et si non municipibus, sed alii fundum vectigalem legaverit, non videri proprietatem legatam, sed id ius, quod in vectigalibus fundis habemus.

Erwägt man nun noch, daß derselbe Julianus, welcher nach dem letzten Fragment dem Inhaber des ager vectigalis das Eigenthum abspricht, dennoch an einem andern Orte [24] kein Bedenken trägt, denselben durch bloße Separation die Früchte erwerben zu lassen; und daß Paulus, welcher immer jedes Wort genau abwägt, ungeachtet seiner oben erwähnten bestimmten Aeußerung, daß der Inhaber eines ager vectigalis kein Eigenthum habe, dennoch ohne alles Schwanken davon redet, daß demselben die actio aquae pluviae arcendae, und arborum furtim caesarum zustehe [25]: so scheint mir das Resultat ganz einfach dieses zu seyn: es gab eine Partey, welche dem Emphyteuta, und den ihm gleichstehenden Personen das Eigenthum ableugnete, aber doch demselben mehr Rechte, als

24) L. 25. §. 1. de usur. (22. 1.).

25) L. 23. §. 1. de aqua et aquae pluv. arc. (39. 3.) L. 5. §. 3. arbor. furt. caes. (47. 7.)

dem Pächter und Nutznießer zugestand, und die Ansicht dieser Partey ist denn durch spätere Constitutionen überall bestätigt.

3) Es ist schon oben gezeigt, das dem Emphyteuta, als solchem, in L. 12. C. de fund. patrim. (11. 61.) keineswegs ein Eigenthum eingeräumt wird, sondern nur insofern, als er nachher noch dazu das Eigenthum erwirbt [26]). Stände aber auch in dem Gesetz das Gegentheil, so würde doch Savigny für seine Ansicht keinen überwiegenden Grund daraus ableiten können. Denn nimmt man an, daß im Codex das jüngere Gesetz dem ältern vorgehe, so kann die Ansicht der Verfasser jener Constitution nicht weiter in Betracht kommen, weil Zeno später in einer förmlichen Decision dem Emphyteuta das Eigenthum aberkannt hat. Folgt man dagegen der richtigern Ansicht [27]), daß im Codex kein Gesetz das andere aufhebt, so ist das Höchste, was man Savigny zugeben könnte, eine reine Antinomie. Diese verschwände aber am Ende doch wieder durch das Recht der Novellen, welches dem Emphyteuta bloß ein, dem Eigenthum nahe kommendes Recht einräumt.

Was nun noch die oben angeführte zweyte neue Meynung betrifft, wonach das Recht des Emphyteuta in der

26) Diese Erklärung habe ich schon früher gegeben in der Hallischen A. L. Z. bey Gelegenheit der Anzeige von Savigny das Recht des Besitzes. 2. Auflage. Angenommen ist sie auch von Kaemmerer l. c. Du Roi l. c. p. 69. 70.

27) S. oben S. 98. fgg.

Regel nicht einmal ein dingliches Recht seyn soll, so beruht dieselbe auf folgenden Hauptgründen. Der Ausdruck ager vectigalis gehe zwar im Allgemeinen auch auf Privat-Güter, und jede Emphyteusis [28]), vorzugsweise aber nur auf Municipal-Güter [29]), und so sey der Zusatz: id est emphyteuticarius in der Rubrik des Pandekten-Titels si ager vectigalis (6. 3.), und in L. 15. §. 1. qui satisd. cog. (2. 8.) wohl nicht eine Interpolation, welche auf die Umänderung des Rechts-Instituts deute, als vielmehr die Hinzufügung eines gleichbedeutenden Griechischen Wortes. Nun werde zwar in drey Fragmenten unbestimmt allgemein wegen des ager vectigalis eine vindicatio gestattet [30]). Allein in dem Haupttitel gebe doch Paulus nur dem Inhaber des ager vectigales eines *municipii* die vindicatio [31]). Da nun auch sonst zu Gunsten der Municipien manches Besondere angenommen sey, was in andern Fällen nicht gelte [32]), so sey diese Bestimmung keineswegs auszudehnen; und daher müsse man jene drey unbestimmt allgemeinen Fragmente durch das Bestimmtere

28) L. 31. de pignor. (20. 1.) L. 23. C. de admin. tutor. (5. 37.)

29) L. 1. pr. si ager vect. (6. 3.) L. 15. §. 26. de damn. inf. (39. 2.) L. 13. C. de praed. et al. reb. min. (5. 71.).

30) L. 12. §. 2. de publician. in rem act. (6. 2.) L. 16. de servit. (8. 1.) L. 66. pr. de evict. (21. 2.).

31) L. 1. §. 1. si ager vect. (6. 3.)

32) L. 1. §. 1. de loco publ. fruend. (43. 14.) L. un. §. 7. ut in flum. (43. 14.)

beschränken, und bloß auf Municipal-Güter beziehen, worauf der Ausdruck: ager vectigalis auch gewöhnlich bey den Classikern gehe.

Ich will nicht leugnen, daß mich diese, gewiß sehr scharfsinnigen Ideen einen Augenblick zweifelhaft gemacht haben; aber doch kann ich nach genauerer Prüfung die gemeine Theorie nicht verlassen. Wäre die Emphyteusis im Allgemeinen mit keiner actio in rem verknüpft gewesen, so ließe es sich nicht begreifen, wie nur überhaupt die Streitfrage hätte entstehen können, ob man dem Emphyteuta ein dominium zuschreiben müsse; wie in den Novellen die Rede davon seyn kann, daß die Emphyteusis beynah ein Eigenthum gebe; und wie selbst die Classiker, welche sie als Mittelding zwischen Pachtrecht und Eigenthum behandelten, doch den Ausdruck ius praedii von ihr gebrauchen, welcher grade bey den dinglichen Servituten gewöhnlich war. Auch machte der Grundsatz minus maiori inest die Dinglichkeit fast zur unvermeidlichen Nothwendigkeit. Denn wenn die Emphyteusis unbeschränkt verlieben ist, so enthält sie den vollen Nießbrauch, und dazu noch weit mehr. Gab man also dem Nutznießer eine vindicatio, so mußte sie um so mehr dem Emphyteuta zugestanden werden.

Hätte Paulus restrictiv gesagt: nur bey der Emphyteusis an Municipal-Gütern sey eine vindicatio zuzulassen, so würden freylich die andern drey Fragmente,

welche sie unbestimmt wegen des ager vectigalis gestatten, nach jener Aeußerung zu beschränken seyn. Allein so redet Paulus nicht. Erwägt man nun, daß häufig die Pandekten-Fragmente besondere Verhältnisse nur deswegen erwähnen, weil in der excerpirten Schrift zufällig bloß davon die Rede war, und daß oft beyläufig in andern Titeln erwähnt wird, was unter dem Haupttitel vergessen ist: so muß hier vielmehr umgekehrt die besondere Aeußerung des Paulus durch die drey andern Fragmente erweitert werden. Es ist dieß auch jetzt nach bloßen Regeln der grammatischen Auslegung ganz nothwendig. Denn das: si ager vectigalis, *id est emphyteuticarius* ist nun einmal Gesetz für uns, es mag Interpolation seyn, oder nicht. Sollen wir also ager vectigalis und emphyteusis für identisch halten, und haben wir, wie man zugeben muß, keine Spur davon, daß die Emphyteusis vorzugsweise auch nur auf Municipal-Grundstücke ging: so sind jene drey Fragmente, welche alle Arten dinglicher Klagen ganz allgemein wegen des ager vectigalis zulassen, für uns die unbedingte Vorschrift, daß jedem Emphyteuta eine vindicatio zu gestatten sey.

Zwölfte Abhandlung.

Ueber die Beschaffenheit und den heutigen Gebrauch der fiduciaria tutela.

Der Ausdruck tutela legitima bezeichnet im allgemeinen Sinn jede, durch eine Lex übertragene Tutel, und so wird auch wohl die tutela testamentaria, insofern man Testamente als leges behandelte [1], unter diesem Ausdruck mitbegriffen [2], obgleich sie gewöhnlich von der legitima unterschieden wird. Im engsten Sinn aber wird nur diejenige gesetzliche Tutel legitima genannt, welche, es sey nun ausdrücklich, oder vermöge ihres Grundes, auf den 12 Tafeln beruhet; und in diesem Sinn führt nur die Tutel der Agnaten und Patronen jenen Namen [3], also nicht die, dem

1) L. 7. C. Theod. de naviculär. (13.5.) et Gothofredus ibid.

2) L. 130. de V. S. (50.16.).

3) Ulpiani fragm. T. 11. §. 3.: Legitimi tutores sunt, qui ex lege aliqua descendunt; per eminentiam autem legitimi dicuntur, qui ex lege XII. Tabularum introducuntur, seu propalam, quales sunt agnati, seu per consequentiam, quales sunt patroni.

emancipirenden Vater und dessen Descendenten gestattete Tutel, weil die 12 Tafeln diese Personen nicht zur Tutel riefen, und ihnen auch kein Erbrecht gaben, die Tutel also auch nicht einmal durch einen Schluß aus den 12 Tafeln abgeleitet werden konnte.

Die Classiker nennen alle Arten dieser letzten Tutel fiduciaria tutela, also auch die des Vaters [4]), und daher wird denn auch dem Vater von Ulpianus nur so vel quasi eine tutela legitima zugeschrieben [5]). In den Institutionen Lib. 18. 19. erscheint dagegen die Tutel des Vaters als etwas Besonderes unter dem Titel legitima parentum tutela, und bloß die der Descendenten desselben wird fiduciaria genannt. Was der Kaiser darüber sagt, ist dunkel und ungenügend, und leider sind hier auch die Lesarten verschieden. Dazu kommt noch der schlimme Umstand, daß die Classiker in den Pandekten nichts Genaueres über diese Tutel sagen. So war es denn natürlich, daß unsre Ausleger hier auf verschiedenartige Ansichten geriethen; und die Verwirrung würde noch weiter getrieben seyn, wenn nicht die herrschende Ansicht entstanden wäre, daß die ganze fiduciaria tutela jetzt mit der Tutel der Verwandten völlig verschmolzen sey, und als unpractisch wegfalle, es also nicht

4) Ulp. ibid. §. 5.: Qui liberum caput mancipatum sibi, vel aparente, vel a coemtore, manumisit, per similitudinem patroni tutor efficitur, qui fiduciarius tutor appellatur. L. 4. de legit. tutor. (26. 4.).

5) L. 3. §. ult. cod.

der Mühe verlohne, sich genauer darauf einzulassen. So ward dann mehrentheils die ganze Sache mit wenig Worten abgefertigt. Ich halte mich aber überzeugt, daß diese Tutel, wenigstens in gewissen Fällen, auch noch jetzt als etwas Besonderes angenommen werden muß. Um so mehr wird es daher keiner Entschuldigung bedürfen, wenn ich mich nochmals an dieses trübe Wasser wage.

Die Hauptpunkte, woraus es hier vorzüglich ankommt, sind diese.

I) Welche Personen haben die tutela fiduciaria im allgemeinen Sinn der Classiker? Gewöhnlich ist die Antwort: erst der emancipirende Vater, und dann dessen nächste Descendenten. Die Institutionen bestimmen aber in Ansehung der letzten die Sache genauer, wenigstens nach der herrschenden älteren Lesart. Die alten Ausgaben, und insofern denn auch die bey ihnen benutzten Manuscripte, lauten nämlich in Inst. Tit. de fiduciaria tutela (1. 19.) so:

> Est et alia tutela, quae fiduciaria appellatur; nam si parens filium, vel filiam, nepotem, vel neptem, vel deinceps, impuberes manumiserit, legitimam nanciscitur eorum tutelam. Quo defuncto si liberi virilis sexus ei exstant, fiduciarii tutores (filiorum suorum,) vel fratris, vel sororis, (et ceterorum) efficiuntur. Atqui patrono legitimo tutore mortuo, liberi quoque eius

legitimi sunt tutores; quoniam filius quidem defuncti, si non esset a vivo patre emancipatus, post obitum eius sui iuris efficeretur, nec in fratrum potestatem recideret, ideoque nec in tutelam. Libertus autem, si servus mansisset, utique eodem iure apud liberos domini post mortem eius futurus esset.

Die vorhin eingeklammerten Worte: filiorum suorum, und: et ceterorum hat zuerst Haloander in seiner Institutionen-Ausgabe weggelassen, dann auch Russardus, und so auch Gothofredus. Wahrscheinlich ist der Grund, weil Haloander überall die Institutionen nach seinen Pandekten einrichtete, und weil in der, von der tutela fiduciaria handelnden Stelle der Pandekten [6]) bloß gesagt wird: quo defuncto, si liberi perfectae aetatis existant, fiduciarii tutores fratris vel sororis efficiuntur. Vielleicht trug zu dieser Bildung des Textes auch noch der Umstand bey, daß — wie nachher erhellen wird — der, von Justinianus angegebene Grund, warum die tutela fiduciaria nicht legitima heiße, auf den Vater des, vom Großvater emancipirten Großkindes nicht recht passen will. Allein dennoch hat die ältere gemeine Lesart folgende ganz entscheidende Gründe für sich:

1) Das: et ceterorum ist wegen der Vordersätze nothwendig. Denn in diesen war nicht bloß von filius

6) L. 4. eod.

und filia die Rede, sondern auch von nepotem, neptem vel deinceps, wozu denn das bloße vel fratris vel sororis im Nachsatze nicht passen würde. Auch wäre gar nicht zu begreifen, warum die fiduciaria tutela mit den Brüdern endigen sollte, da sie unleugbar der patronorum tutela nachgebildet ist, welche doch bey den Söhnen des ersten Grades nicht stehen blieb.

2) Das: filiorum suorum wird eben so durch äußere Rechtsgründe nothwendig. Denn wenn der Bruder und Oheim zur Tutel gerufen wird, so muß doch wohl um so mehr der eigene Vater des Emancipirten dazu gelassen werden. War aber dieser Vater nicht der Emancipirende, sondern der Großvater, so gehört die Tutel des ersten nicht zur legitima parentum tutela. Also bleibt nur bey der fiduciaria ein Platz für sie.

3) Die Paraphrase des Theophilus läßt keinen Zweifel darüber, daß sein Text auch den Vater des Großsohns als tutor fiduciarius erwähnte. Ich muß die Stelle um so mehr hieher setzen, da ich sie nachher auch sonst zur Erklärung benutzen werde. Nach der Reitzischen Uebersetzung lautet sie so:

> Si vero accidat, ut ego moriar, habens liberos masculos, hi fient tutores fiduciarii impuberis, cuius per emancipationem tutor legitimus factus eram. Evenit autem, ut non solum frater fratri

fiat tutor fiduciarius, sed et patruus fratris filo, et pater filio. Et frater quidem fratri sic: Habebam duos filios, alterum 25 annorum, aut maioris etiam aetatis, alterum impuberem. Impuberem emancipans, tuebar eum tamquam legitimus. Me mortuo frater perfectae aetatis erit tutor eius fiduciarius. Patruus autem fratris filio, quo modo? Habebam filium maiorem 25 annis, et nepotem aut neptem ex filio mortuo. Emancipavi nepotem. Ego quidem, ut legitimus, tutor ero; post meam vero mortem patruus, ut fiduciarius, tuebitur. Pater filio hunc in modum: Habebam filium maiorem 25 annis, atque ex eo nepotem impuberem. Nepotem emancipavi. Ego quidem, ut legitimus, tuebor; post me autem pater, ut fiduciarius, tuebitur. — Sed possit aliquis dicere: Curnam patroni quidem liberi legitimi tutores dicuntur, at horum patrum liberi, qui impuberes emancipparerunt, differunt appellatione? Illi enim dicuntur tutores legitimi, at liberi horum fiduciarii. Sed ratio haec est: nisi evenisset, ut superstes ego meum filium sui iuris fecissem, morte mea fit sui iuris, non recidens in fratris sui, aut patrui potestatem. Ideo neque filius emancipatoris eandem habebit tutelam,

sed vocabitur fiduciarius. Libertus autem, nisi manumissus esset, sed in servitute mansisset, omnino servus fieret liberorum defuncti.

II) Welches war der Grund, warum die Institutionen die Tutel des emancipirenden Vaters, welche die Classiker zur fiduciaria rechnen, als legitima von derselben trennen? Die Institutionen geben, nach dem Obigen, selbst den Grund dahin an: man könne die Kinder des Emancipirenden nicht, wie die Kinder des Patrons, legitimos nennen, weil auf die letzten ohne Manumission die herrschaftliche Gewalt würde übergegangen seyn, auf die Kinder des Emancipirenden aber nicht die väterliche Gewalt desselben. Daß dieß Justinian sagen wollte, sieht man ganz deutlich aus der Paraphrase des Theophilus, und selbst aus den Institutionen nach der vorhin angegebenen gewöhnlichen Lesart, welche freylich nicht ganz deutlich, aber doch, um zu jenem Sinn zu kommen, nicht ungewöhnlich gefaßt ist [7]), und eben so gut gerechtfertigt und erklärt werden kann, als die andre, zu demselben Resultat führende Lesart von Biener [8]), welche so lautet:

Quo defuncto, si liberi eius virilis sexus extant, fiduciarii tutores filiorum suorum, vel

7) Vergl. z. B. Tacitus ann. Lib. 14. c. 44. L. 68. de her. inst. (28. 5.), verbunden mit der bekannten Bemerkung, daß Hysterologien selbst bey den Classikern nicht selten sind.

8) Institut. Berolin. 1812. S. 31.

fratris vel sororis et ceterorum efficiuntur atque patrono tutore legitimo mortuo, liberi quoque eius legitimi fiunt tutores: quoniam filius quidem defuncti etc.

Indeß paßt jene Erklärungsart nicht durchaus, wie schon Cujacius bemerkt hat [9]), weil ja doch der Großsohn des emancipirenden Großvaters nach dem Tode des letzten, sofern keine Emancipation Statt gehabt hätte, unter die Gewalt seines Vaters gefallen wäre. Daß der Kaiser in dieser Hinsicht bey seinem Raisonnement kein gutes Gewissen hatte, sieht man auch deutlich daraus, daß er nur von einem: in fratrum potestatem recideret spricht, worin Theophilus gleich ist, indem er von dem Vater des Großsohns nicht redet. Indeß hat man doch den Kaiser durch künstliche Wendungen zu retten gesucht, besonders durch die Bemerkung: der Vater des Großsohns sey dem Sohn des Patrons nicht gleich, weil der letzte das Patronat-Recht erbe, der erste aber proprio iure die väterliche Gewalt würde bekommen haben [10]). Allein Justinianus hat nun einmal bey seiner Ableitung die Sache nicht darauf

9) Notae ad Inst. L. 1. T. 19. (opp. T. 1. p. 42.) ad Ulpian. Fragm. T. 11. §. 5. (ibid. p. 320.) Comment. ad Inst. L. 1. T. 19. (opp. T. 8. p. 919.).

10) Schon bey Accursius findet sich etwas davon. Das Bestimmteste hat Donellus comm. L. 3. c. 6. Auch kommt die Sache wieder vor mit einem Wust von Dunkelheiten bey Busius, den Gebauer ordo inst. Excurs. V. mit vieler Geduld vorgenommen hat.

gestellt; auch bleibt es bey dieser Ableitung immer unerklärt, warum denn dem emancipirenden Vater, welcher doch aus den zwölf Tafeln zu nichts berechtigt war, im Gegensatz der Brüder u. s. w. eine tutela legitima zugeschrieben wird. Weit natürlicher möchte wohl diese Erklärung seyn, worauf auch schon Andre hingedeutet haben [11]). Zu den Zeiten der Classiker beerbte der emancipirende Vater das Kind, und zwar nicht bloß vermöge des Edicts, sondern auch aus alten Civil-Gesetzen [12]); nicht aber ward der Emancipirte so von seinen Brüdern, Oheimen u. s. w. beerbt. Die Tutel des Emancipirenden ließ sich nun also, wie die der Patronen, ihres Grundes wegen auf die zwölf Tafeln zurückführen, und deswegen legitima nennen. Freylich gab nun auch das spätere Kaiserliche Recht den Brüdern ein Erbrecht, und so denn auch eine, nun so zu nennende tutela legitima [13]). Allein der, in den Institutionen excerpirte Classiker hatte davon nicht geredet, und so ging der Kaiser nicht weiter, als sein Muster. Das alles begreift sich eben so gut, als daß der Kaiser, ungeachtet seines reinen christlichen Glaubens, dem Cajus in den Institutionen treuherzig den Satz nachschrieb: die res sanctae gehörten zu den rebus divini iuris. Auf allen Fall aber ist es der

11) Bachovius ad Inst. L. 1. T. 19. Wesenbecius ad Inst. ibid.

12) L. 2. C. ad SCt. Tertull. (6. 56.) Hotomannus ad Inst. L. 1. T. 18.

13) L. 4. C. de legit. tutel. (5. 30.) L. 15. §. 1. C. de legit. hered. (6. 58.).

Sache zu viel gethan, wenn manche Juristen mit Jason, damit Justinians angegebener Grund ganz passend werde, die Tutel des Vaters des emancipirten Großsohns ganz von der fiduciaria tutela ausschlossen [14]). Denn dawider ist der Text der Institutionen, und die Paraphrase des Theophilus, so wie die, überall geltende Bemerkung, daß die Urheber des Römischen Rechts leicht wahre Sätze falsch ableiten, man also klare Entscheidungen einer schiefen Begründung wegen nicht entfernen darf [15]).

III) In Ansehung der Ordnung, wie die tutela fiduciaria übertragen wird, ist es durch die Institutionen klar entschieden, daß die Tutel des emancipirenden Vaters vorangeht. Dann folgt ausschließlich die Tutel des Vaters des emancipirten Großsohns, weil ihn die Institutionen zuerst nennen, und dann erst mit vel die Brüder und übrigen Personen folgen lassen. In Ansehung der letzten ist nirgend die Rangordnung weiter bestimmt, doch ist es hier wohl aller Analogie gemäß, wenn man die Rangordnung voraussetzt, welche bey der Successsion Statt findet, oder dabey würde Statt gefunden haben, wenn der Emancipirte in der Familie des Emancipirenden geblieben wäre. Darüber, daß die Brüder vor allen Seitenverwandten, ihres ausschließlichen Erbrechts wegen, die Tutel ihres Bruders zu über-

14) Mynsinger ad Inst. L. 1. T. 19.

15) So dachte hier auch schon Vulteius ad Inst. L. 1. T. 19.

nehmen haben, steht auch im Codex eine besondre Verordnung [16]). Uebrigens wird im Ganzen nichts darauf ankommen, ob die, zu der tutela fiduciaria zu berufenden Nachkommen des Emancipirenden unter der Gewalt geblieben sind, oder nicht, weil die Institutionen eine solche Unterscheidung nicht machen [17]).

IV) Ueber den Ursprung des Namens tutela fiduciaria sind die Ideen verschieden. Die herrschende Ansicht ist, daß man diesen Namen gewählt habe, weil die Emancipation des natürlichen Vaters durch das pactum fiduciae vorbereitet ward. Allein dazu paßt nicht der Umstand, daß auch die Tutel des manumittirenden Käufers fiduciaria genannt wird [18]). Daher hat es denn immer vielen Schein, wenn manche unsrer Juristen darin den Grund der Benennung suchten, weil man bey dieser Tutel dem Berufenen *vertraue*, oder weil er die Stelle eines tutor legitimus *vertrete*, welche Vertretung auch durch fiduciarium bezeichnet werde [19]). Da uns hier classische Zeugnisse

16) L. 4. C. de legit. tutel. (5. 30.).

17) Schon die Glosse hat dieß bemerkt. So auch Cuiacius Comm. ad Inst. L. 1. T. 19. (opp. T. 8. p. 919.)

18) S. oben not. 4.

19) Donellus comm. L. 3. c. 6. Stryk U. M. L. 26. T. 4. §. 4. Huber ad Inst. L. 1. T. 19. Otto und Ludwell ibid. Eine künstliche Wendung macht Cuiacius Comm. in Cod. L. 5. T. 30. (opp. T. 9. p. 558.) Allein sie paßt nicht, da ja der Käufer auch ohne alle Verabredung das Kind manumittiren konnte.

fehlen, so wird dieser Punkt wohl immer ungewiß bleiben müssen.

V) In Ansehung des heutigen Gebrauchs dieser Tutel hat es unter unsern Auslegern von jeher einen recht ruhigen Frieden gegeben. Sie soll nämlich jetzt wegfallen, Theils, weil bey den neuen Emancipations-Acten kein pactum fiduciae mehr vorkomme; Theils, weil diese Emancipations-Arten die iura familiae nicht mehr vernichteten, und insofern nicht mehr als capitis deminutio minima gelten könnten; Theils und insbesondere aber, weil die Nov. 118. den Cognaten die vollen Erb- und Tutelar-Rechte der Agnaten verleihe, und der Emancipirte doch immer Cognat des Emancipirenden, und der Descendenten desselben bleibe [20]).

Scheinbar ist darin vieles, und auch wohl manches Wahre. Aber doch kann ich mich im Ganzen von der Richtigkeit dieser Ideen nicht überzeugen. Folgendes ist nach meiner Meynung die richtige Ansicht.

Der Umstand, daß die alte Emancipation durch Verkauf nebst dem pacto fiduciae wegfällt, beweist nichts für die Aufhebung der tutela fiduciaria. Denn bey den neuern

20) Donellus comm. L. 6. cap. 3. Muretus in l. a. Costa comm. ad Inst. L. 1. T. 18. Marcilius ibid. Tit. 19. Vulteius ad Inst. L. 1. T. 19. Franzke ibid. T. 18. 19. Hopp. ibid. Stryk U. M. L. 26. T. 4. §. 4. Lauterbach ibid. §. 25. Struv exerc. XXXI. §. XXV. Eck princ. L. 26. T. 4. §. 25. Hofacker T. 1. §. 637.

Emancipations-Arten soll der natürliche Vater stets angesehen werden, als ob er contracta fiducia emancipirt hätte [21]), also sind in dieser Hinsicht seine Rechte vielmehr erweitert.

Eben so wenig läßt sich behaupten, daß die iura agnationis durch die neueren Emancipations-Arten nicht mehr aufgehoben werden. Denn wir haben deutliche Aeußerungen für das Gegentheil [22]). Die Nov. 118. stellt nun zwar die Cognaten den Agnaten gleich. Allein daraus folgt nur, daß den leiblichen Kindern, welche nach der Emancipation doch auf allen Fall Cognaten blieben, der Verlust der Agnations-Rechte nicht weiter schadet, weil sie nun unter dem natürlichen Titel dasselbe bekommen können, was ihnen sonst der bürgerliche würde gegeben haben. In Ansehung der Kinder, welche bloße Agnaten sind (die arrogati extranei) ist es aber nach wie vor ein höchst bedeutender Satz, daß sie nach der Emancipation ihrer bisherigen Familie nicht mehr angehören.

Alles wirft sich hier mithin allein auf die Frage: ob in dem neuen Successions- und Tutelar-Systeme der Nov. 118. Gründe zu der Behauptung liegen, daß die ganze tutela fiduciaria als aufgehoben anzusehen sey. Auf den

21) §. 6. I. quib. mod. ius patr. potest. solv. (1. 2.) L. 6. C. de emanc. (8. 49.)

22) §. 9. I. de her. quae ab intest. (3. 1.) arg. L. 11. C. de legis. her. (6. 58.) Nov. 81. c. 2 vergl. mit Conradi de cap. demin. min. (parerg. L. 2. n. 2.) Glück Erl. d. Pand. §. 162.

ersten Anblick scheint die bejahende Meynung sehr dadurch unterstützt zu werden, daß der Kaiser im cap. 5. jener Novelle, nachdem er die Succession der De- und Ascendenten und Collateralen vollständig bestimmt hatte, ausdrücklich sagt:

> Ex his autem, quae de hereditate diximus et disposuimus, et quae de tutela sunt manifesta consistunt. Sancimus enim, unumquemque secundum gradum et ordinem, quo ad hereditatem vocatur, aut solum, aut cum aliis, etiam functionem tutelae suscipere, nulla neque in hac parte differentia introducenda de agnatorum seu cognatorum iure, sed omnibus similiter ad tutelam vocandis, quique ex masculorum, quique ex foeminarum prole descendunt minori coniuncti.

Allein man muß hier, wie mir scheint, folgende Fälle und Verhältnisse genau von einander unterscheiden.

1) Was den Vater betrifft, welcher die väterliche Gewalt über das befreyte unmündige Kind verliert, so sind dabey zwey Fälle denkbar:

A) Er verliert die Gewalt nicht durch Emancipation, sondern auf andre Art, also nach Römischem Recht ipso iure zur Strafe, oder durch eine Würde des Kindes. Für diesen Fall wissen wir nichts von einer tutela fiduciaria, und hier kann denn die Nov. 118. frey eingreifen.

B) Die Gewalt wird aufgehoben, weil er das Kind emancipirte. Dann muß noch jetzt für ihn eine ausschliessende tutela fiduciaria (also mit Ausschluß der Brüder u. s. w.) angenommen werden, wie dieß schon Matthäus [23]) wirklich behauptet hat. Die ganze Nov. 118. hat es nämlich bloß mit der Tutel zu thun, welche auf den blutsfreundschaftlichen Verhältnissen, und den daher entstehenden Erbrechten beruht. Bloß so weit geht auch nur die vorhin wörtlich angeführte Stelle, indem sie namentlich nur die alten Unterschiede zwischen Agnaten und Cognaten aufhebt. Die fiduciaria tutela des Emancipirenden ist aber nie aus der Verwandtschaft abgeleitet, sondern aus dem Patronats-Verhältniß, wie schon Hotomannus [24]) bemerkt hat, und wie es die Institutionen klar genug andeuten [25]). Obgleich nun nach dem Recht des Codex, also zur Zeit der Institutionen, die Brüder den Vater bey der Intestat-Erbfolge des Bruders ausschlossen, so geht dennoch der Emancipirende nach den Institutionen mit seiner tutela legitima allen andern vor. So wenig man also behaupten kann, daß die Tutel der Patronen mit der Nov. 118. wegfalle, so wenig kann es in Ansehung jener Tutel des Emancipirenden angenommen werden. Das Höchste, was sich hier sagen läßt, ist, daß die Sache als zweifelhaft erscheint.

23) A. Matthaeus de tutelis cap. 1. n. 19.

24) Ad Inst. L. 1. T. 18.

25) §. 6. I. quib. mod. ius patr. potest solv. (1. 12.).

Allein eben dieß ist schon ein hinlänglicher Grund, keine Aenderung des älteren Rechts anzunehmen.

2) Von dem Vater des, vom Großvater emancipirten Großsohns gilt ganz aus gleichen Gründen dasselbe, was eben vom Emancipirenden gesagt ist.

3) In Betreff der Brüder, und der übrigen Seitenverwandten gebe ich zu, daß nun ihre ehemalige fiduciaria tutela mit der legitima der Nov. 118. zusammenfällt. Denn daß jene ehemals nicht in der Ordnung der Erbfolge deferirt ward, wissen wir nicht, vielmehr haben wir, nach dem Obigen, eine Aeußerung für das Gegentheil. Nur in Beziehung auf arrogirte und plene adoptirte Kinder, welche zugleich die Eigenschaft natürlicher Kinder haben, könnten in Einer Rücksicht Bedenken erregt werden. Man unterscheide hier zwey Fälle:

A) Die väterliche Gewalt über den Unmündigen wird durch Emancipation aufgehoben. Dann sind wieder diese zwey Fälle von einander zu unterscheiden:

a) Ein natürliches Kind wird emancipirt, aber das Adoptiv-Kind bleibt unter der Gewalt, und darauf stirbt der Emancipirende. Hier kann nicht ohne Schein die Fortdauer der fiduciaria tutela behauptet werden. Man könnte nämlich so sagen: die Emancipation hebt zwar das Agnations-Verhältniß zwischen dem Emancipirten, und dem in der Gewalt gebliebenen Adoptirten auf, und insofern bleibt nach Nov. 118. für den letzten keine Verwandten-Tutel,

Allein der Adoptirte bleibt doch in der Familie des Emancipirenden, und ist dessen Sohn, mithin sinkt nun auf ihn die Quasi-Patronats-Tutel seines Vaters herunter. Ich halte es sogar für höchst wahrscheinlich, daß die Classiker über diesen Fall eben so würden raisonnirt haben; aber doch weiß ich wegen des frostigen Buchstabens der Gesetze hier keine tutela fiduciaria anzunehmen. Institutionen und Pandekten sagen nämlich bloß: nach dem Vater werde der Bruder zur Tutel gerufen. Die, bloß auf der Adoption beruhende fraternitas hört aber auf, sobald der natürliche, oder der Adoptiv-Bruder emancipirt ist [26]). Nur dann würde hier eine Tutel des Bruders angenommen werden können, wenn der emancipirende Vater eine Erhaltung der Familienrechte ausgewirkt hätte [27]). Aber dann wäre die Sache bloß auf das Verwandtschafts-Verhältniß zurückgeführt, mithin würde nur allein die Nov. 118. entscheiden.

b) Das Adoptiv-Kind wird emancipirt, und das natürliche unter der Gewalt behalten. Dann kann von keiner fiduciaria tutela der Brüder, und nicht einmal der Väter die Rede seyn. Denn eine solche Emancipation bringt das Kind in die Lage, als ob es nie zur Familie gehört hätte, und es verliert sogar den Namen eines Kindes, mithin verschwindet nun alles, was sonst Agnation,

26) L. 17. pr. de R. N. (23. 2.)

27) L. 11. C. de legit. hered. (6. 58.).

Vaterschaft und Bruderschaft würde zur Folge gehabt haben [28]). Im Fall der Vorbehaltung der Familienrechte würde aber natürlich wieder gelten, was vorhin gesagt ist.

B) Wird die väterliche Gewalt nicht durch Emancipation aufgehoben, so läßt sich eine tutela fiduciaria der Brüder u. s. w. nicht annehmen, weil kein Gesetz für einen solchen Fall davon redet. Mithin kann dann nur angenommen werden, was die verwandschaftlichen Verhältnisse mit sich bringen, wo es dann auch denkbar ist, daß über einen von der Gewalt befreyten Adoptirten die Brüder eine Tutel haben, nämlich wenn die Befreyung die Familien-Rechte nicht aufhob.

Da ich vorhin mehrmals Kinder erwähnt habe, welche nicht durch Emancipation von der Gewalt befreyt werden, und doch die Familien-Rechte behalten, so will ich in dieser Beziehung noch nebenbey etwas berühren, worüber ich heftig angegriffen, aber nicht belehrt bin. Ich habe nämlich in meinem Pandekten-System immer behauptet: Kinder, welche durch Adoption in die Gewalt des Adoptirenden kommen, werden Agnaten der Agnaten desselben, und succediren diesen als Agnaten, also auch den Agnaten des Annehmenden in aufsteigender Linie. Weil mir Schöman wegen meiner ernsten, aber gewiß nicht zu ernsten Recension seines Handbuchs [29]) öffentlich geschworen hatte,

28) L. 13. de adopt. (1. 7.) L. 6. pr. de Senator. (1. 9.)

29) Heidelberger Jahrbücher 1808. 1. Hft. S. 62—85.

daß er mich in fünf Jahren todt machen wolle, so hat er mich auch deswegen in einer kleinen wunderbaren, gallenbitteren Abhandlung angegriffen [30]), worauf ich nichts antwortete, so wie auf manches Andere, weil, wenn der Ton auf eine gewisse Höhe gekommen ist, schon der Anstand das Antworten verbietet. Jetzt ist der Tod in die Mitte getreten, und wäre ich auch vorher bitter gewesen, so könnte ich es doch nun nicht mehr seyn. Also, so weit es möglich ist: de mortuis nil nisi bene; aber doch der Wahrheit wegen, und um fernere Mißverständnisse abzuwenden, dieß Wenige über die Sache!

Alles, was Schöman auf wenig Seiten gegen mich gesagt hat, ist dieß: wer adoptiren will, muß selbst von der väterlichen Gewalt befreyt seyn. Geschieht dieß bey dem Leben der Ascendenten durch Emancipation, so verliert der Emancipirte die Familien-Rechte, also auch in Verhältniß zu den Ascendenten, mithin kann sein Adoptiv-Kind nicht Agnat derselben werden, wie es die Pandekten klar sagen [31]). Neque hoc mutat Nov. 81. — Das war alles!

Dagegen nun bloß dieß! Hätte ich unbedingt behauptet, daß der Adoptirte den Ascendenten des Adoptirenden succedire, so würde ich zum Theil Vorwürfe verdienen. So etwas ist aber nie von mir behauptet. Daß die ge-

30) Als eine Curiosität ist der Titel angeführt in Hugo Lit. Gesch. S. 372.

31) L. 26. de adopt. (1. 7.) L. 7. L. 10. §. 8. de in ius voc. (2. 4.).

wöhnliche Emancipation die Familien-Rechte vernichte, habe ich stets angenommen, und insofern keinen der vormaligen Agnaten des Emancipirten für einen Agnaten desselben gehalten. Nur insofern erklärte ich den Adoptirten für einen Erben der Ascendenten des Annehmenden, als dieser Agnaten-Ascendenten hat. Bey der gewöhnlichen Emancipation kann dieß nun freylich nicht gedacht werden; aber es gibt doch allerdings Fälle, wenigstens nach neuerem Recht, wo der, welcher von der väterlichen Gewalt befreyt wird, die Agnations-Rechte nicht verliert. Für zwey Fälle sagen dieß die Gesetze ganz klar, nämlich wenn Kinder unter Vorbehalt der Familien-Rechte emancipirt werden [32]), oder durch eine Würde die Befreyung von der Gewalt erhalten [33]). Auch muß man dasselbe annehmen, wenn die Kinder ipso iure zur Strafe des Vaters von der Gewalt desselben befreyt werden, weil es ein ganz gewisser Grundsatz ist, daß die nachtheiligen Folgen einer Strafe den Unschuldigen nicht treffen sollen. Haben nun die Gesetze, wie es der Fall ist [34]), die unbedingte Regel, daß das Adoptiv-Kind Agnat der Agnaten des Adoptiv-Vaters werde, so läßt sich kein Grund einsehen, warum nicht auch in Ansehung der Agnaten-Ascendenten dasselbe gelten soll.

32) L. 11. C. de legit. hered. (6. 58.).

33) Nov. 81. c. 2.

34) L. 23. de adopt. (1. 7.) L. 11. §. 2. de B. P. s. t. (37. 11.) L. 10. §. 5. C. de adopt. (8. 48.)

Dreyzehnte Abhandlung.

Ueber Pfand-Separatisten.

Das reine Schlechte ist selten so gefährlich, als das Halbgute, hinter welches Falschheit und Eigennutz sich heuchlerisch verkriechen können. So hat denn auch offenbare Willkühr und Frechheit dem bürgerlichen Recht nie so viel geschadet, als angebliche Milde, Menschenfreundlichkeit, und kluge Berücksichtigung des Staatsvortheils; und unsre Rechtsverfassung wird immer tiefer herabsinken, wenn wir uns nicht ermannen, und endlich ganz zu der Erkenntniß kommen, daß ohne ein einfaches strenges Recht keine wahre Gerechtigkeit denkbar ist.

Das Römische Recht, wenigstens das neuere, hat in dieser Hinsicht unsern Rechtsansichten unendlich geschadet. Ueberall ein unseliges Schwanken zwischen Billigkeit und Strenge, zwischen Gerechtigkeit und Politik, und ein weinerliches mildes Wesen, welches kräftigen Gemüthern einen

bittern Widerwillen einflößen muß. Man denke nur an die neueren Beschränkungen des Eigenthums, an die privilegirten Testamente, und an die vielen kleineren Bestimmungen, welche mit dem unklugen Satze, daß der Vermiether eigner unvorgesehener Bedürfnisse wegen vor der Zeit den Miether vertreiben könne, ganz auf Einer Linie stehen! Aber leider gefällt grade diese Schönthuerey engherzigen und kurzsichtigen Rechtsgelehrten am mehrsten. Es ist doch gar zu angenehm, auch in iure den Gnädigen machen zu können; und wie kann der erfahrene Rechtsgelehrte seine Größe besser bewähren, als wenn er durch vorsichtige Einschränkungen und Ausnahmen fein und edelmüthig der ganzen Welt zu helfen weiß! Leider geht es aber fast immer damit, wie mit Krispin in der Fabel, welcher das Leder stahl, und die Schuhe umsonst gab. Angenehm ist es freylich für den gesetzlichen Günstling, wenn er mit allerley Eigenthums-Beschränkungen seinen Nachbarn tüchtig einengen, und seines Vortheils wegen den Miethsmann vertreiben kann; allein der mögliche Ruin des Nachbarn und Miethers wird dabey ganz außer Acht gelassen, und so geht es denn hier leicht, wie bey der Handlungsweise der Wohlthätigen, welche, wegen ihrer Milde gegen Andre, die Fähigkeit verlieren, ihren Gläubigern gerecht zu werden, oder sich an der Staats-Casse, also indirect zum Theil aus dem Beutel der Armen, wieder zu erholen suchen. Unglaublich aber ist es, wie grade solche Rechtssünden

unsern gewöhnlichen Juristen vorzugsweise lieb und werth geworden sind. Der ärgste Unsinn ist ihnen oft so in Fleisch und Blut gegangen, daß man zuweilen alle Hoffnung aufgeben muß, ihnen das Gift aus den Adern zu treiben. Nicht ohne Schrecken erinnere ich mich an folgenden ziemlich jungen Fall, welcher mir genau bekannt geworden ist. Eine Deutsche Gesetzgebung hatte unter den Aufhebungsgründen der Verbindlichkeiten, bey einer genauen Aufzählung derselben, die rescissio ob laesionem enormem nicht erwähnt, vermuthlich, und mit vollem Recht, weil diese Rescissions-Art auf die Weise, wie sie bisher von den practischen Romanisten angenommen ward, eine jämmerliche Barmherzigkeit ist, welche die Sicherheit der Verträge unverantwortlich stört. Dennoch ward unter der Herrschaft jener Deutschen Gesetzgebung ein zu hoher Kauf der unmäßigen Verletzung wegen angefochten, und einer berühmten Facultät das erste Urtheil in der Sache übertragen. Man sollte denken, daß es keinen Augenblick bedenklich geblieben wäre, die Klage als ungereimt zu verwerfen. Allein keineswegs! Die sorgfältige Verhandlung gab das Resultat: das neue Gesetzbuch rede zwar nicht von der rescissio ob laesionem enormem; allein die Gerechtigkeit und Nothwendigkeit einer solchen Rescissions-Art liege zu tief im Wesen der Vernunft und Billigkeit, und so thue man ja dem Gesetzbuch einen großen Gefallen, wenn man das ältere Recht nachträglich hineininterpretire.

Danach ward das Urtheil gefaßt, und man hätte gewiß dem Lädirenden noch dazu ein Ohr abschneiden lassen, wenn von dem Römischen Recht nebenbey diese Kleinigkeit auch verordnet wäre.

Am ärgsten hat aber das Römische Recht ohne allen Zweifel in der Lehre von dem Pfandrecht und der Rangordnung der Gläubiger im Concurse gesündigt. Wer nur eine Ahndung von dem Segen eines freyen, völlig gesicherten bürgerlichen Verkehrs hat, dem kann es nicht zweifelhaft seyn, daß alle Privilegien, welche frühere wohlerworbene Rechte brechen, oder willkührlich beschränken, eine wahre Pest sind, daß also das wohlerworbene ältere Pfandrecht stets dem jüngern vorgehen sollte, so weit das letzte durch seinen Vorzug das erste wirklich beeinträchtigen würde [1]). Allein was ist unter den Kaisern geschehen, und bis zu welcher grenzenlosen Unverschämtheit ist die Sache getrieben! Der Fiskus erscheint vor allen Dingen hoch begünstigt. Freylich ist es nun sehr bequem, wenn die Rechner des Fiscus nicht viel Kopfbrechen haben, und alles so ohne Umstände abgeschnitten werden kann, wie es vor die Hand kommt. Allein das ist nicht erwogen, daß der einzelne Bürger nie

1) Also würde ich dagegen nichts haben, daß der jüngere Gläubiger in so weit vorgeht, als zu dem Pfande etwas durch seine Vorschüsse hinzugekommen ist. Aber auch nicht weiter! Denn weiter geht doch nicht der Grund, welcher hier allein entscheiden kann, nämlich, daß es ungerecht ist, sich mit fremdem Gut zu bereichern.

zum Märtyrer für das Ganze gemacht werden soll, und daß es ein himmelschreyendes Unrecht ist, bey Concursen einzelne Familien in das Unglück zu stoßen, damit der Fiscus ungestört seinen Raub davon tragen könne. Man berechne nur einmal, was der Fiscus jedes Jahr als Abgabe von dem ganzen Staat zu fordern hätte, wenn er nicht in Concurs-Processen als Räuber gegen einzelne Bürger aufträte. Die Last jener Abgabe für die gesammten Bürger würde nicht des Nennens werth seyn, und dem Staat bliebe die Beruhigung, daß er den Ruin einzelner Familien nicht auf der Seele habe. Aber um so etwas haben sich die Römischen Kaiser nicht bekümmert, wie es auch bey neueren Gesetzgebungen nicht geschah. Zu jener Schamlosigkeit sind denn noch allerley läppische Mildigkeiten hinzugekommen, wohin ich namentlich das privilegium dotis der Ehefrauen rechne. Denn wenn man auch den Ehefrauen herzlich alles Glück zu wünschen hat, so sollen sie doch nicht von fremdem Gut gemästet werden. Tausend Menschen gibt es, welche unglücklicher sind, als sie, und einen Verlust noch weit weniger ertragen können. Allein so sollte es nun einmal seyn: ein Privilegium hinter dem andern, eines wieder über das andere, und das ganze Sicherheits-System so durchlöchert, daß die Gesetzgebung am Ende sich selbst ein testimonium paupertatis ausstellen mußte. Denn so kann man doch wohl die Vorschrift der Nov. 72. cap. 6. nennen, daß in der Regel, wegen der Gefährlichkeit des Ausleihens, Mün-

delgelder ruhig in dem Kasten des Vormundes liegen bleiben sollen! So stockt bey einem schlechten Hypotheken-System das Blut in allen Adern des Staats, während kräftige einfache Gesetze über diesen Punkt Regsamkeit und frisches Leben durch alle Theile des Ganzen verbreiten.

Die Praxis gewöhnt sich nun freylich mehrentheils an solche Greuel, und Theoretiker einer gewissen Art können daran sogar einen recht herzlichen Gefallen finden; allein die gute Natur läßt sich doch nie ganz unterdrücken. Unvermerkt entsteht an allen Enden ein Kampf gegen die Gesetze, und was man auf dem offenen, graden Wege zu erhalten nicht im Stande ist, das wird versteckt und durch Winkelzüge gesucht. Lassen sich nämlich gesetzliche Vorrechte an sich nicht leugnen, so kann man sie doch dadurch in gewisser Maaße minder schädlich machen, daß man noch mehr dergleichen durch Interpretation herbeyführt, und so wenigstens Diesem und Jenem gegen die Gesetze zu helfen sucht. Dergleichen ist denn auch für die Lehre vom Pfandrecht genug geschehen. Ein gutes Beyspiel gibt die große Menge von Legat-Pfändern, welche man ohne Gesetz annahm [2]); die Erweiterung so vieler Pfand-Privilegien [3]); und vorzüglich

2) P. C. Harprecht trutina 20. pignorum tacitorum, vel indubie spuriorum, vel summe dubiorum. Tubing. 1705. Ihre Zahl geht noch weit über 20., wenn man jede Ausdehnung mitzählt.

3) Z. B. die Ausdehnung der Vorrechte des Anleihers zur Wiederherstellung eines verfallenen Gebäudes auf alle Anleiher zu ganz neuen Bauen, oder zur Erhaltung einer Sache.

das Bestreben, manchen Pfandgläubigern dadurch einen unbedingten Vorrang zu verschaffen, daß man sie unter die Zahl der Concurs-Separatisten aufnahm. Das ist denn freylich der größte Segen, da die Separatisten das Ihrige gradezu von der Masse nehmen, als ob es nicht dazu gehöre, und keinem der eigentlichen Concurs-Gläubiger, auch wenn er Privilegien für die erste und zweyte Classe hätte, irgend eine Concurrenz einzuräumen brauchen!

Wie man in Beziehung auf diese Separatisten gesündigt hat, auch insofern, als man sie noch oft wieder mit den privilegirten Pfandgläubigern vermengte, läßt sich nicht mit Worten beschreiben. Ich will hier nur als die bedeutendsten Beyspiele drey Arten der Pfandgläubiger nennen, welche häufig als Separatisten behandelt sind, obgleich sie durchaus nur den bloßen Concurs-Gläubigern beygezählt werden können. Sie sind folgende:

1) Der Pfandgläubiger, welcher sein Pfandrecht an der Sache hatte, bevor diese in das Vermögen des Gemeinschuldners kam. Daß ein solcher Pfandgläubiger ein Separatist sey, ward bisher immer mit dem größten Eifer vertheidigt. Noch in der neuesten Schrift über die Rangordnung der Gläubiger [4]) ist darüber, ganz im Geist der bisherigen gemeinen Ansicht dieß gesagt: „Die Pfandklage aber begründet ein Absonderungsrecht nur in dem Fall, wenn jemand

4) C. G. von Gmelin die Ordnung der Gläubiger bey dem Gantproceſſe. 5. Aufl. Stuttg. und Tüb. 1813. S. 84.

ein gesetzliches, bedungenes, oder jedes andere Pfandrecht auf einer Sache gehabt hat, ehe sie an den Gemeindschuldner gekommen ist, wo sodann der Pfandgläubiger, insoweit die ihm verpfändete Sache zu seiner Befriedigung zureicht, allen andern Gläubigern, so groß auch sonsten ihre Vorzüge seyn mögen, vorgezogen wird; denn der Schuldner hat die Sache, weil auf ihr ein Pfandrecht gehaftet, in einem desto geringeren Preiß erhalten, und wenigstens niemals ohne das darauf haftende Unterpfand erhalten können, und dem Pfandgläubiger konnte sein Recht weder durch die nachfolgende obwohl öffentliche Veräußerung, noch durch die nachfolgende Gläubiger entzogen werden." Der Neu-Französische Code hat eben diese Ideen angenommen (Art. 2177.), und die Napoleoniſten haben dieß, so viel ich weiß, immer recht gut und natürlich gefunden.

Ich halte aber diese Ideen nach der jetzigen Lage der Gesetzgebung für eine ungeheure Inconsequenz, wobey man sich höchstens nur darüber freuen kann, daß auch bey den Juriſten das: naturam expellas furca tamen usque recurret zuweilen anwendbar scheint. Der erste vorhin erwähnte Grund, worauf das Separationsrecht eines solchen Pfandgläubigers beruhen soll, ist wohl in jedem Fall höchst ungenügend. Wo haben wir denn irgend eine Andeutung der Gesetze, daß der wohlfeilere Preiß einer Sache auf die Vorzugsrechte der Gläubiger Einfluß haben solle? Wäre dieß, so könnte ja auch der Verkäufer auf Credit sich ein

Separationsrecht zuschreiben. Und doch hat er, nach der eignen Theorie jenes Schriftstellers, nur als Pfandgläubiger des Schuldners (also keineswegs als Separatist) ein Pfandrecht, sogar nur unter der Voraussetzung, wenn er sich dasselbe ausbedung! Auch kauft man ja nicht deswegen immer wohlfeiler, weil Pfandrechte auf der Sache ruhen. Denn man kann diese Pfandrechte nicht kennen, und vorzüglich leicht war dieß bey den Römern, indem sie von eigentlicher Publicität der Pfandrechte nichts wußten. Der zweyte vorhin erwähnte Grund, daß keinem Menschen sein früheres ius quaesitum zu nehmen sey, ist schon eindringlicher; allein wie kann man dabey vergessen, was man nun jetzt leider nicht vergessen darf! Sobald nämlich eine Gesetzgebung den Alt-Römischen Grundsatz heilig hält, daß bloß das Alter der Pfandrechte entscheidend wird, so kann es gar keinen Zweifel leiden, daß der nachfolgende Erwerber einer Sache in Betreff der früher darauf gelegten Real-Lasten nichts an den bestehenden Rechtsverhältnissen ändern darf, und kann. Allein man erwäge doch, daß wir privilegirte Pfandrechte haben, denen als solchen, ohne Rücksicht auf das Alter, ein Vorrang einzuräumen ist! Nach diesem System verschwindet eben der Begriff eines iuris quaesiti, sobald ein privilegirtes Pfand sich andern, gar nicht, oder nicht so stark privilegirten Pfändern entgegenstellt, und man kann nun nicht mehr sagen: der Verpfänder ist außer Stande, früher von ihm bewilligte Pfandrechte durch spätere aufzu-

heben. Das ist es ja grade, was er nun kann. Wie er auf simple Pfandrechte ein privilegirtes folgen läßt, dürfen jene nicht mehr auf ihr höheres Alter besonderes Gewicht legen, und die Ausbedingung eines Pfandrechts ist nun also ein mißlicher Schritt, wodurch man sich dem Verpfänder auf Gnade und Ungnade ergibt. Stiftet er keine neue, oder keine bessere Pfandrechte, so geht die Sache gut; wo nicht, so muß man seine Willkühr ehren, weil er dazu von oben her patentisirt ist. Nun aber gibt es doch wohl keinen ausgemachteren Grundsatz, als, daß die Rechte des Vorgängers auch dem Nachfolger nicht abzusprechen sind. Kann also der Verpfänder selbst durch Bewilligung privilegirter Pfandrechte die Rechte seiner simpeln Pfandgläubiger brechen, so kann eben diese Befugniß seinem Nachfolger nicht abgesprochen werden. Die gemeine Theorie ist also ein Anachronismus, wobey man freylich die guten Gefühle für das wahre Recht ehren kann. Sie paßt zu dem Alt-Römischen weisen System, ist aber ganz außer den Fugen, so bald die Privilegien von Recht und Unrecht nichts weiter wissen wollen.

Nur in Einem Fall kann man die gewöhnliche Ansicht in gewisser Beziehung gelten lassen, wiewohl auch dann keineswegs so weit, daß man dem Pfandgläubiger ein Separations-Recht zuschreibt, nämlich in dem Fall, wenn die von dem bisherigen Eigenthümer verpfändete Sache nachher bey dem neuen Eigenthümer unter ein älteres

simples General-Pfand fällt. Man setze: der nachhere Gemeinschuldner A. verpfändet im Jahr 1800 seine gesammten Güter an B., womit denn B. ein, vom Jahr 1800 zu datirendes simples Pfandrecht auf alle gegenwärtigen und künftigen Güter des A. bekommt. Zur Zeit jener Verpfändung gehörte die Sache X. noch dem C., und dieser verpfändet sie 1801 an D. Im Jahr 1806. verkauft aber C. die Sache an A., und bald darauf bricht über das Vermögen des A. der Concurs aus. Hier kann nun D. verlangen, daß er an der Sache X. dem B. vorgehe. Denn zu seinem Verpfänder C. war D. in die Lage gesetzt, daß C. durch simple Pfandrechte das früher erworbene Recht des B. nicht weiter brechen konnte. Nur jüngere simple Pfandrechte konnte A. noch auf die Sache legen, wenn er solche Pfandrechte ertheilen wollte, und so hatte denn C. durchaus keine Macht, durch solche Pfandrechte dem D. Schaden zuzufügen. Mehr Rechte, als C. hatte, konnten aber von demselben bey der Veräußerung nicht an A. übertragen werden, und so muß denn freylich B. dem D. an der Sache X. nachstehen. Allein damit ist D. doch noch kein Separatist. Wären nämlich in dem Concurse des C. privilegirte Gläubiger der ersten oder zweyten Classe, so müßte D. diesen nachstehen, wenn zu ihrer Befriedigung die Sache X. anzugreifen wäre. Denn hätte sein Verpfänder C. nach der Verpfändung solche privilegirte Schulden contrahirt, so würde D. denselben

sein bloß simples Pfand nicht haben entgegensetzen können. Was aber bey dem Vorgänger gilt, das gilt auch bey dem Nachfolger. Es gehört also D. in dem Concurse des A. in die dritte Classe, und nur hier kann er vor allen von A. bestellten simpeln Pfandrechten einen unbedingten Vorrang verlangen. Daß dasselbe gelten muß, wenn A. die Sache des C. in einer Zeit, wo sie diesem noch gehörte, speciell an B verpfändete, versteht sich ganz von selbst, da die Gültigwerdung der Verpfändung einer fremden Sache nur immer salvo iure cuiuscunque vor sich geht.

2) Gleichfalls als Pfand-Separatisten hat man häufig denjenigen behandelt, welcher, indem er eine Sache auf Credit verkauft, sich an derselben ein Pfandrecht reservirt [5]), und dieß ist auch hin und wieder durch Partikular-Rechte ausdrücklich verordnet [6]); doch gibt es eine ziemliche Reihe von Juristen, welche jenes Separations-Recht leugnen, und einem solchen Verkäufer nur dasjenige

5) Müller ad Struv. Exerc. XLIV. Th. 49. Mevius P. 6. Dec. 193. Brunnemann proc. concurs. cred. c. 5. §. 5. Ludovici Concurs-Proceß. 11. Hptst. §. 5. Pufendorf obs. iur. univ. T. 1. obs. 212. I. P. Wahl de validitate et effectu reservationis dominii et hypothecae in securitatem residui pretii etc. Gött. 1756. A. Loewenhelm (praes. J. N. Endres) de privilegio hypothecae iudicialis a venditore in re vendita reservatae moto concursa. Wirceb. 1774. Erxleben de iure pign. et hypoth. §. 215.

6) Z. B. Sächs. Proz. Ord. P. 2. Tit. 42.

Pfandrecht zuschreiben, welches dem Anleiher zur Anschaffung einer Sache zusteht, wenn er sich ein Pfandrecht bedungen hat [7]). Dieß muß man ihm freylich auf allen Fall geben. Denn juristisch ist es einerley, ob Jemand den Kaufpreis leihet, oder creditirt. Nur darf man nicht unbedingt sagen, daß dem Creditirenden ein privilegirtes Pfand zustehe, indem dieß der Anleiher zur Anschaffung einer Sache nur dann hat, wenn die Sache ein praedium oder ein Schiff ist [8]). Unter diesen Beschränkungen bin ich denn auch für die zweyte Theorie. Die, welche hier ein Separations-Recht annehmen, führen dieß an: durch die Reservation des Pfandrechts belaste der Veräußerer die Sache so, daß sie gleich cum onere auf den Käufer übergehe, diesem also ganz die Macht benommen sey, das ius quaesitum des Veräußerers nachher zu schmälern. Auch stecke unter der reservatio hypothecae im Grunde immer eine reservatio dominii. Man wolle dadurch stets nur diese reservatio dominii andeuten, und das Wort reservatio hypothecae sey ein irriger, also verzeihlicher Mißgriff.

Die letzten Behauptungen kann man nun wohl gradezu lächerlich nennen. Am besten ist es freylich immer, sich ein Eigenthum zu reserviren; allein wo gilt der Schluß: weil das maius mehr wirkt, als das minus, so muß man das

7) Gmelin a. a. O. 5. Kap. §. 105. S. 389. fgg.

8) Mein Pand. Syst. §. 642.

Erste unterschieben, wenn nur das Letzte bedungen ist? Damit könnte man jede cautio nude promissoria in allen Fällen, wo man sich auch ein Pfand hätte bestellen lassen dürfen, eo ipso in eine Real-Caution verwandeln. Daß man im gemeinen Leben unter der reservatio hypothecae die reservatio dominii verstehe, wird zwar leicht so hin gesagt; aber Beweise dafür fehlen noch zur Zeit. Glauben läßt es sich zwar, daß beydes oft genug von Unwissenden mit einander vermengt wird, selbst von Anwälden, welche auch oft genug von ihrem beliebten constituto possessorio keine Idee haben. Allein die Grundsätze vom Rechtsirrthum führen hier im Ganzen zu dem: habeas tibi, wenn Jemand so mit Blindheit geschlagen ist, daß er nicht sehen kann, wie Eigenthum und Pfandrecht von einander unterschieden sind.

Der erste jener Gründe hat nun freylich so etwas vom juristischen Schnitt; aber doch muß man sich in doppelter Hinsicht dagegen erklären. Nimmt man nämlich das Wort: reservatio hypothecae auch so recht im buchstäblichen Sinn, und behandelt man danach das vorbehaltene Pfandrecht als etwas Anticipirtes: so steht damit die Sache nicht höher, als in dem vorhin erörterten Fall, wenn man das Pfandrecht von dem Veräußerer vor der Veräußerung erwarb. Es gilt mithin das: transit cum sua caussa, oder cum onere; aber dieß sichert, nach dem System des spätern Rechts, nicht gegen privilegirte Hypotheken. Allein

die reservatio hypothecae in jenem Sinn ist noch dazu ein juristisches Unding. Denn der Eigenthümer kann an seiner eignen Sache kein Pfandrecht haben. Damit ihm ein solches zu Theil werde, muß erst die Sache in das Eigenthum eines Andern übergegangen seyn. Bey der reservatio hypothecae erwirbt er also das Pfandrecht nicht von sich selbst, sondern von dem Erwerber der Sache, und damit verschwindet ganz der gepriesene Uebergang cum onere. Wir haben auch darüber folgende bestimmte Fragmente, welche man hier gewöhnlich ganz übersehen hat:

L. 1. §. ult. de reb. eor. (27. 9.) Ulpianus lib. 35. ad edictum:

Si minor 25 annis emit praedia, ut quoad pretium solveret, essent pignori obligata venditori, non puto pignus valere. Nam ubi dominium quaesitum est minori, coepit non posse obligari.

L. 2. eod. Paulus libro singulari ad orat. D. Severi:

Sed hic videtur illud movere, quod cum dominio pignus quaesitum est, et ab initio obligatio inhaesit. Quod si a fisco emerit, nec dubitatio est, quin ius pignoris salvum sit. Si igitur talis species in privato venditore inciderit, imperiali beneficio opus est, ut ex rescripto pignus confirmetur.

Der Fall war hier einfach dieser. Der Vormund eines Mündels kaufte, ohne obrigkeitliche Zustimmung, ein Grundstück, woran sich der Verkäufer eine Hypothek vorbehielt. Wäre nun diese Reservation das gewesen, was der Buchstabe ausspricht, so hätte man nicht davon reden können, daß der Vormund etwas veräußert habe, sondern nur davon, daß etwas Beschränktes erworben sey. Dagegen erklärt sich aber Ulpianus mit Recht. Die Hypothek fängt erst an, wenn die Sache Eigenthum des Mündels geworden ist, aber dann hat der Vormund keine Macht mehr, einseitig ein Pfandrecht zu bewilligen! Zwar müssen bey den Römern schon Juristen gewesen seyn, welche das Reserviren als eine Art von Anticipiren behandelten, indem dieß Paulus als ratio dubitandi anführt. Allein er verwirft sie doch auch, indem er sie nur bey dem, überall exorbitant begünstigten Fiscus gelten läßt, und im Uebrigen den Verletzten an die Kaiserliche Gnade adressirt. Was man aber erst von dieser zu erbitten hat, das kann man an sich aus dem gemeinen Rechte nicht in Anspruch nehmen. Deswegen kann man hier denn auch nicht einmal die Einschränkung machen, welche für den obigen Fall unter nr. 1. am Ende zugelassen ward. Erwirbt nämlich der, welcher die Hypothek reservirt, sein Pfandrecht eigentlich nur von dem Erwerber der Sache, so muß er sich auch gefallen lassen, daß man ihn bloß als eignen Gläubiger des Erwerbers der Sache behandelt.

3) Endlich hat man auch sehr häufig ein Separations-Recht dem Gläubiger zugeschrieben, dem zur Sicherheit seiner Forderung ein nomen verpfändet ward; Theils, weil jeder Faustpfandgläubiger, als solcher, von der Concursmasse ganz getrennt sey, Theils, weil eine solche Verpfändung im Grunde eine cessio nominis enthalte, indem der Inhaber eines verpfändeten nominis nach den Gesetzen [9]) actiones utiles gegen den Schuldner habe, um sich selbst zu seiner Befriedigung zu verhelfen [10]). Dieser Ansicht ist indeß neuerlich widersprochen [11]), und zwar mit allem Recht. Der erste Grund beruhet auf älteren Ideen vom Retentions-Recht des Pfandgläubigers, welche gewiß, wenigstens mit Rücksicht auf die Natur unsers Concurs-Verfahrens, falsch sind, wie es jetzt auch allgemein anerkannt ist [12]); und der zweyte Grund ist wieder nur eine Art von Kniff, um einen armen Verfolgten aus dem Feuer zu ziehen. Denn bloße Verpfändung ist doch nun einmal keine Eigenthums-Uebertragung, wenn sie auch nach erhobenem Gelde daraus folgen kann. Diese Folge läßt sich

9) L. 18. pr. de pign. act. (13. 7.) L. 4. C. quae res pign. (8. 17.) L. 7. C. de her. vel. act. vend. (4. 39.).

10) Mevius P. 5. Dec. 344. Quistorp rechtl. Bemerkungen nr. XLII. I. H. Boehmer consult. T. 2. Resp. 406.

11) F. Gesterding über die Schuldverbindlichkeit als Object des Pfandrechts. Greifswalde 1812. S. 73. fgg.

12) Martin Lehrb. des bürgerl. Proc. §. 311.

aber bey jedem Pfandrecht denken, insofern jeder Pfandgläubiger den Gegenstand seines Pfandrechts am Ende verfolgen, und sich daraus befriedigen kann. So lange er dieß nicht gethan hat, ist und bleibt er aber bloßer Pfandgläubiger, und muß sich mithin als solchen behandeln lassen.

Vierzehnte Abhandlung.

Ueber die Zulässigkeit der Rückforderung eines, für eine Nichtschuld bestellten Pfandes.

Darüber ist nie unter den Rechtsgelehrten ein Zweifel gewesen, das ein bloß versprochenes Pfand gegen den Verpfänder nicht klagend verfolgt werden kann, wenn die Schuld, wofür es bestellt ward, von den Gesetzen vernichtet ist. Allein wenn bey der Pfandbestellung für eine solche Schuld das Pfand dem Gläubiger übergeben ward, kann es dann der Verpfänder auch zurückfordern? Schon die Glossatoren haben darüber verschiedene Ansichten gehabt. Einige ließen die Rückforderungsklage unbedingt zu; andre wenigstens insofern, als der Verpfänder sich der rei vindicatio bediene, und nicht die, wegen Nichtigkeit des Pfand-Contracts hier undenkbare actio pignoratitia anstelle; und noch andre endlich hielten die

Rückforderungsklage im Ganzen für unstatthaft [1]). Der ersten Theorie sind später bedeutende Juristen beygetreten [2]), und für die letzte haben sich jüngst Weber [3]), und Glück [4]) erklärt, aus dem Hauptgrunde: wer etwas gegen die Gesetze bezahle, dem sey in der Regel die Rückforderungsklage abzusprechen, weil in pari turpitudine der Besitzer vorgehe; mithin könne dem Verpfänder nur in den wenigen Fällen die Rückforderung des Pfandes gestattet werden, wo ausnahmsweise ein wissentlich gezahltes indebitum zurückgefordert werden dürfe. Daher will es denn auch Glück erklären, warum nach den Gesetzen [5]) den Frauenzimmern erlaubt sey, auf Rückgabe des, von ihnen für eine ungültige Intercession bestellten Pfandes zu klagen.

Ich kann aber diese letzte Theorie durchaus nicht gelten lassen, und am wenigsten das, was Glück in Betreff der Pfandbestellung intercedirender Weiber sagt. Denn sie können ja grade nicht zurückfordern, was sie wissentlich

1) Glossa ad L. 2. D. de cond. ob turp. causs. (12, 5.) ad L. 2. C. eod. (4. 7.).

2) Cuiacius resp. Papin. L. XI. ad L. 1. de pinor. (opp. T. 4. p. 1281. 1285.) Bartolus ad L. 1. §. 1. de pignor. Negusantius de pignor. et hyp. P. 3. nr. 17. p. 217. Voet Comm. ad P. L. 20. T. 1. §. 18. G. Forner ius antinomiae pignor. §. 13. in Conradi parerg. p. 258—260.

3) Weber system. Entw. d. L. v. der natürl. Verbindl. §. 75—77. 103—106.

4) Glück Erl. d. Pandekten. 14. B. §. 864. S. 41—43.

5) L. 32. §. 1. ad SCt. Vellcian. (16. 1.)

wegen ihrer, durch die Gesetze entkräfteten Intercessionen gezahlt haben [6]), und doch ist ihnen die Rückforderung des Pfandes gestattet. Dieses Beyspiel beweist also vielmehr gradezu gegen Webers Theorie, und es veranlaßte mich auch zunächst, schon früher dieser Theorie zu widersprechen [7]). Da mich aber Glück eben dieses Widerspruchs wegen angegriffen hat, so muß ich mich einmal ordentlich meiner, und, wie ich glaube, der guten Sache durch folgende genauere Erörterung annehmen.

I) Ich kann Webers Grundsatz, daß in der Regel das, gegen die Gesetze wissentlich Gezahlte nicht zurückgefordert werden könne, keineswegs so allgemein zugeben. Die Natur der Sache führt hier gleich Anfangs zu einer Hauptunterscheidung, und zu dieser Unterscheidung passen denn auch die Gesetze, worin Weber nach seiner Theorie zum Theil nur willkührliche Sonderbarkeiten gefunden hat, und finden konnte. Wenn nämlich die Gesetze ein Geschäft ganz vernichten, so sind die zwey Hauptfälle: es geschieht zum Besten des Veräußernden, und damit sein Vermögen nicht verringert werde; oder: es geschieht aus andern Gründen, der Sittlichkeit, des öffentlichen Bestens wegen u. s. w. In Fällen der letzten Art ist Webers Theorie wahr, sowohl nach den Gesetzen, als nach der Vernunft. Denn der Staat ist hier gar nicht dabey interessirt, daß der Veräußerer

6) L. 9. C. ad SCt. Vel- leian. (4. 29.).

7) Mein Pand. Syst. §. 636.

das Seinige wiederbekomme, und da macht der Fiscus weit schicklicher den Sittenwächter, indem er dem Empfänger abnimmt, was dieser schändlich besitzt. Allein wenn es nur auf das Beste des Veräußernden abgesehen ist, so muß ihm auch, der Consequenz wegen, die Rückforderungsklage gegeben werden, weil grade damit der gesetzliche Zweck erreicht wird, ohne dieß aber durch jede Willkühr das Gesetz ganz umgangen werden kann. Daher finden wir denn auch überall, daß die Gesetze in solchen Fällen dem Veräußerer eine Rückforderungsklage gestatten, z. B. bey der pflichtwidrigen Schenkung [8]), einseitigen Veräußerungen der Mündel [9]), widerrechtlichen Schenkungen der Ehegatten [10]), commissorischen Verträgen, wonach das Pfand verfallen ist [11]), gezahlten verbotenen Zinsen [12]), und auch bey der Erfüllung einer vernichteten Spielschuld [13]). In Ansehung der letzten Vorschrift meynt Weber, sie dürfte nur durch das: ita lex scripta est zu rechtfertigen seyn. Allein sie ist eine ganz richtige Folgerung aus allgemeinen Grundsätzen. Dasselbe gilt von einer Aeußerung Papinians in L. 5. de cond. sine caussa (12. 7.), welche Weber auch für unerklärlich hält, welche aber vollkommen consequent ist, wie ich nachher zu zeigen hoffe.

8) L. 21. §. 1. de donat. (39. 5.)

9) L. 29. de cond. indeb. (12. 6.)

10) L. 15. §. 1. L. 16. 17. de donat. int. V. et U. (24. 1.).

11) L. ult. C. de pact. pignor. (8. 35.).

12) L. 18. C. de usur. (4. 32.)

13) L. 3. C. de aleator. (3. 43.)

II) In Betreff der Rückforderung des, für eine Nichtschuld bestellten Pfandes muß man folgende Fälle unterscheiden:

1) Die Hauptschuld ist von der Art, daß der Schuldner im Fall geleisteter Zahlung stets die Rückforderungsklage würde gehabt haben, welche Fälle auch Weber, wenigstens ausnahmsweise, gelten läßt. In diesem Fall kann nun der Rückforderung des Pfandes nichts entgegenstehen, weil das Accessorium immer wie das Principale zu behandeln ist. Darüber ist auch nie gezweifelt worden, obgleich man oft diesen Fall nicht erwog, und unbestimmt (wie es einige Glossatoren thaten) die Rückforderung des Pfandes verwarf. Weber und Glück haben darauf bestimmt Rücksicht genommen, und insofern bin ich ganz mit ihnen in Eintracht.

2) Die Hauptschuld ist von der Art, daß der Schuldner, ungeachtet der Vernichtung derselben, keine Klage auf Rückgabe des Gezahlten haben würde. Dann muß man wieder diese zwey Fälle unterscheiden:

A) Daß Pfand, welches für eine solche Schuld bestellt ward, ist bereits von dem anmaßlichen Gläubiger veräußert, und dieser hat sich durch den erhobenen Preis wegen seiner Forderung befriedigt. Dann muß die Rückforderungsklage wegfallen. Denn der veräußernde Gläubiger handelt im Namen des Verpfänders. Das Geld, welches er für das Pfand erhebt, ist mithin zu betrachten, als ob es ihm

der Schuldner selbst gezahlt hätte. Hat dieser also bey geschehener Zahlung für eine Nichtschuld keine Rückforderungsklage, so muß sie ihm auch eben deswegen in diesem Fall versagt werden, weil er nun im Grunde nicht das Pfand zurückfordert, sondern eine geleistete Zahlung.

B) Das Pfand ist noch unveräußert in der Hand des Pfandgläubigers, oder auf illegale Art in die dritte Hand gekommen. Dann kann dem Verpfänder die Einforderungsklage nicht abgesprochen werden, selbst nicht gegen den Pfandgläubiger. Der Grund, den Weber gegen ihn anführt: donare voluisti, oder: in pari turpitudine melior est conditio possidentis, paßt hier, genau betrachtet, durchaus nicht. Jener Grund trifft nämlich bloß die Fälle, wo Jemand, welcher die Sache zum Zweck der Uebertragung des Eigenthums dem Gläubiger einhändigte, die Sache nachher zurückfordert. Da greift dann freylich der Grundsatz ein, daß man sein eignes factum nicht klagend angreifen, daß man nicht mit sich selbst in directen Widerstreit kommen darf. Allein bey der Pfandbestellung ist das ganz Eigne: der Verpfänder begibt sich durch die Pfandbestellung keineswegs seiner dinglichen oder persönlichen Rechte an der Sache, vielmehr behält er sie sich einstweilen vor, und in dem Geschäft liegt tacite die Verredung über Rückgabe der Sache auf den Fall, daß dem Gläubiger sein Recht geschehen seyn werde. Die Rückforderung der Sache ist also an sich keine contradictorische

Handlung des Verpfänders, vielmehr ist sie an sich zulässig, und es kann ihr nur indirect dadurch widersprochen werden, daß der Pfandbesitzer die exceptio debiti nondum soluti vorschützt. Da nun aber gegen nichtige Geschäfte die Contrahenten selbst die *exceptio* nullitatis haben, und Repliken Einreden gegen Einreden sind, so ist in jenem Fall der Mechanismus ganz einfach dieser: der Verpfänder fordert durch eine in sich gute Klage das Pfand zurück, der Besitzer schützt sich mit der exceptio debiti nondum soluti, der Kläger dagegen mit der replica debiti nulli, und damit sind alle Hindernisse der Klage gehoben [14]). Diese Idee hatten denn auch wohl ganz gewiß diejenigen Glossatoren, welche auf Rückforderung die rei vindicatio, aber nicht die actio pignoratitia zuließen, eine Einschränkung, welche ich schon nach allgemeinen Begriffen nicht hinzufügen möchte. Denn in der Verpfändung für eine verbotene Schuld ist nur der Theil der Verpfändung schändlich, welcher dem Gläubiger Rechte gibt, wodurch er zu seiner Befriedigung gelangen soll, nicht aber der (immer stillschweigend geschehende) Vorbehalt der Rechte des Verpfänders an der Sache. Auch ist es ja der Analogie gemäß, daß bey Verträgen, welche an sich nichtig sind, die Contractsklage wegen der Leistungen Statt findet, wozu bey dem Vertrage ein Theil dem andern persönlich verpflichtet

14) L. 8. de cond. ob turp. caus. (12. 5.) L. 21. C. de transact. (2. 4.).

wird [15]). Auf allen Fall würde man aber außer der rei vindicatio, wenn der Verpfänder kein Eigenthum an der verpfändeten Sache behaupten oder beweisen will und kann, demselben die condictio sine caussa nicht absprechen können [16]).

Für dieß alles gibt es nun auch sehr bedeutende Aeußerungen in den Gesetzen selbst. Dahin gehört zuerst dasjenige, was sie nach dem Obigen über die Pfandbestellung intercedirender Weiber sagen. Zahlen nämlich Weiber wissentlich, was sie intercedirend versprachen, so können sie das Gezahlte nicht zurückfordern; und dennoch ist ihnen die Rückforderung des Pfandes erlaubt, wenn sie es für eine Intercession bestellten. Dieß ist denn auch ganz in der Ordnung. Intercedirende Weiber können nämlich die Klage des Gläubigers durch eine Einrede entkräften. Fordern sie also das Pfand zurück, und wird ihnen excipiendo ihre Intercessions-Schuld vorgeworfen, so haben sie dagegen wieder die replica SCti Velleiani, und damit ist der Beklagte gänzlich zum Schweigen gebracht.

Noch entscheidender ist folgendes Fragment:

L. 25. de pignor. (20. 1.) Modestinus lib. 8. regularum:

Cum vitiose vel inutiliter contractus pignoris

15) L. 62. §. 1. de contr. emt. (18. 1.).

16) L. 23. L. 57. pr. ibid.

intercedat, retentioni locus non est, nec si bona creditoris ad fiscum pertineant.

Dieß Fragment steht nun unter dem allgemeinen Titel vom Pfandrecht, und verwirft die Retention im Fall einer fehlerhaften Pfandbestellung (wohin doch gewiß die Verpfändung für eine Nichtschuld gehört) ganz unbedingt, ohne zwischen den Arten der Rückforderungsklagen, oder zwischen den Fällen zu unterscheiden, wenn selbst die geleistete Zahlung zurückgefordert werden konnte, oder nicht.

Außerdem habe ich bisher meine Ansicht noch durch folgendes Fragment zu unterstützen gesucht:

L. 33. eod. Tryphoninus lib. 8. disputationum:

Is qui promisit tibi aut Titio, solutum quidem Titio repetere non potest, sed pignus ei datum et ante solutionem recipit.

Dieß tadelt nun Glück, weil das Fragment nur vom adiectus rede, welcher zwar Zahlung annehmen könne, aber kein Gläubiger sey. Allein eben wegen dieses Begriffs des adiectus, welcher mir nie fremd war [17]), halte ich die Stelle hier für entscheidend. Der adiectus hat nämlich nichts zu fordern, und gegen ihn ist der Schuldner ein Nichtschuldner. Ob eine Schuld gar nicht vorhan-

17) Mein Pand. Syst. §. 88.

ben, oder eine natürliche Schuld durch die Gesetze gänzlich vernichtet ist, das ist juristisch einerley. Wer also dem adiectus ein Pfandrecht gibt, der bestellt dasselbe für eine Nichtschuld. Nach Glücks Theorie hätte also Tryphoninus dem Pfandbesteller die Rückforderung des Pfandes mit Berufung auf das: donare voluisti, und: in pari conditione melior est conditio possidentis versagen müssen. Allein er thut es nicht, und mit Recht, weil hier der adiectus gegen die, an sich zulässige Rückforderungsklage keine Einrede hatte. Wäre dagegen in dem gegebenen Fall die Hauptschuld vernichtet gewesen, aber nicht zum Besten des Schuldners, und hätte dieser nun doch wissentlich dem adiectus Zahlung geleistet, so würde der Jurist freylich die Rückforderungsklage, als das directo-contrarium der datio haben verwerfen müssen.

Vorzüglich können nun auch die bisher vertheidigten Grundsätze durch folgendes wichtige Fragment unterstützt werden:

L. 5. de condict. sine caussa (12. 7.) Papinianus lib. 11. quaestionum:

Avunculo nuptura, pecuniam in dotem dedit, neque nupsit: an eandem repetere possit, quaesitum est? Dixi, cum ob turpem caussam dantis et accipientis pecunia numeretur, cessare condictionem, et in delicto pari potiorem esse

possessorem; quam rationem fortassis aliquem secutum respondere, non habituram mulierem condictionem. Sed recte defendi, non turpem caussam in proposito, quam nullam fuisse, cum pecunia, quae daretur, in dotem converti nequiret: non enim stupri, sed matrimonii gratia datam esse. §. 1. Noverca privigno, nurus socero pecuniam dotis nomine dedit, neque nupsit. Cessare condictio prima facie videtur, quoniam iure gentium incestum committitur. Atquin vel magis in ea specie nulla caussa dotis dandae fuit. Condictio igitur competit.

Dieses Gesetz, welches sich nur auf den Fall der nicht erfolgten verbotenen Ehe bezieht, und beziehen konnte [18]), ist schon sehr früh für problematisch gehalten. Einige der Glossatoren hielten sich zwar unbedingt an dessen Entscheidung, wie es auch Cujacius that [19]); aber ohne sich die Entscheidungsgründe recht klar zu machen. Andre Glossatoren dagegen drückte der Grundsatz: in pari conditione melior est conditio possidentis, und so suchten sie der Sache durch Voraussetzungen zu helfen, indem sie unterschieden, ob die Bestellerin der Brautgabe das factum,

18) Denn wäre die incestе Ehe erfolgt, so würde nun der Fiscus eingeschritten seyn. L. 52. 61. de ritu nupt. (23. 2.).

19) Quaest. Papin. L. 11. ad L. 5. de cond. sine cauſs. (opp. T. 4. p. 278. 279.).

oder das ius, oder beydes, auf entschuldbare Art nicht gekannt habe, oder umgekehrt. Auf die letzten Ideen ging auch Bartolus ein [20]). Weber [21]) findet die Entscheidung Papinians unrichtig, indem er sie zwar, als gesetzliche Singularität gelten läßt, aber doch meynt: Niemand würde an der Richtigkeit der Entscheidung gezweifelt haben, wenn der Jurist die Rückforderung verworfen hätte. Dem ist nun auch Glück beygetreten [22]).

Mit Uebergehung der erkünstelten Erklärungsgründe Anderer [23]), welche nur so in der Angst hingeschrieben wurden, brauche ich zur Rechtfertigung der Entscheidung Papinians bloß auf den einzigen Umstand aufmerksam zu machen, daß die Bestellerin einer Brautgabe als solche keineswegs sich ihrer Rechte an der Brautgabe entschlägt, daß ihr vielmehr im Zweifel immer die Rückforderungsklage zusteht, auch wenn die Ehe gültig war, oder nachher eine gültige Ehe erfolgte, und sodann eine Aufhebung der Ehe Statt fand. Der Klage auf Rückgabe der dos steht also an sich der directe Einwand, daß die Rückforderung

20) Comment. ad L. 5. de cond. sine caussa.

21) a. a. O. §. 77. S. 334. 335.

22) Erläut. d. Pand. 13. B. §. 836. S. 189. 190.

23) Faber rational. ad L. 5. de cond. sine caussa. Huber eunom. Rom. ad L. 5. cit. p. 527. Thomasius ad Huber prael. ad P. L. 12. T. 7. §. 2. Brunnemann comm. ad L. 5. cit.

dem Geben widerstreite, nicht entgegen, sondern nur der indirecte Einwand, daß die Rückgabe noch zur Zeit, wegen der caussa dandi, nicht geschehen könne. Wer sich aber excipiendo auf eine nichtige caussa beruft, dem steht, wie gesagt, replicando die exceptio caussae non existentis entgegen, und damit ist denn alles auf ein sine caussa gebracht, womit nun die, an sich gute Rückforderungsklage völlig freyes Spiel gewinnt. Ein arges Versehen wäre es also, wenn in dem Fall der L. 5. cit. die Klägerin davon ausginge, sie wolle die turpis caussa angreifen. Denn sie übertrug die Brautgabe nicht so, daß der Mann voller Eigenthümer werden solle. Wenn sie also wieder nach der Brautgabe strebt, so kann ihr nicht entgegengesetzt werden, daß ihre turpitudo in dando dem repetere widerstreite. Wie sollte auch der Mann dazu kommen, hier ganz die Brautgabe zu gewinnen, da doch bey keiner schändlichen Gabe der Empfänger mehr gewinnen kann, als ihm gegeben ward? Das Höchste, was er hier sagen könnte, wäre dieß: für die Zeit der Dauer der Ehe müsse die Rückforderungsklage wegfallen. Aber auch dieser Einwand würde ohne Sinn seyn, wo die Ehe nicht erfolgen kann. Papinianus hat dieß alles freylich dunkel ausgedrückt. Allein es kann nicht genug wiederholt werden, daß die Entscheidungen der großen Römischen Classiker fast immer höchst zutreffend sind, während ihre

Argumentationen leicht in das Dunkle, Gezwungene und Spitzfindige übergehen, und daß man daher immer alle mögliche Mühe anwenden soll, die Entscheidung selbst zu rechtfertigen. Bey Papinians Entscheidungen gilt dieß vorzüglich, da sein gesunder practischer Blick gewiß musterhaft genannt werden kann.

Fünfzehnte Abhandlung.

Ueber die possessio des beschenkten Ehegatten.

Noch immer scheinen nicht alle Schwierigkeiten in Ansehung der Frage beseitigt, ob der beschenkte Ehegatte in den Fällen, da die Schenkung als Schenkung unter Ehegatten an sich unwirksam ist, eine possessio im Allgemeinen habe, oder nicht? Daß eine ungültige Schenkung keine possessio ad usucapionem geben könne, ist ausgemacht [1]; aber in Betreff der possessio im engeren Sinn, wie man das Wort zu nehmen pflegt, d. h. in Betreff der possessio ad interdicta, wollte sich die Sache nicht recht machen; wenigstens schien es mir, daß bisher kein Ausleger auf eine natürliche Weise alle Zweifel hob. Daher hat denn auch noch Cuper gradezu einen Widerspruch der Gesetze für diese Lehre angenommen [2].

1) L. 1. §. 2. pro donato (41. 6.)

2) A. I. Cuperi obs. de natura possessionis P. II. Thes. XI. in der von mir besorgten Ausgabe Ien. 1804. p. 106. 107.

Folgende drey Fragmente sind ganz entscheidend und allgemein für die possessio.

L. 1. §. 4. de acquir. poss. (41. 2.) Paulus lib. 54. ad edictum:

Si vir uxori cedat possessione donationis caussa, plerique putant, possidere eam, quoniam res facti infirmari iure civili non potest. Et quid attinet dicere, non possidere mulierem, cum maritus, ubi noluit possidere, protinus amiserit possessionem?

L. 16. ibid. Ulpianus lib. 73. ad edictum:

Quod uxor viro, aut vir uxori donavit, pro possessore possidetur.

L. 1. §. 2. pro donato (41. 6.) Paulus lib. 54. ad edictum:

Si inter virum et uxorem donatio facta sit, cessat usucapio. — Possidere autem uxorem rem a viro donatam, Iulianus putat.

Soviel ist nun aus diesen Fragmenten klar, daß nicht alle Römischen Classiker über die possessio des Beschenkten gleich dachten, und daß sie von einigen geleugnet ward. Der Grund dieses Leugnens war gewiß das, in der Mitte liegende Verbot der Schenkung. Allein mit Recht erklärten sich Julianus, Paulus und Ulpianus für den

Besitz. Denn der Besitz ist nur ein factischer Zustand, und so gut, als Räuber und Diebe dadurch einen Besitz bekommen können, so gut auch der beschenkte Ehegatte. Man muß höchstens nur nicht sagen, daß er ihn durch die Schenkung bekomme. Denn diese ist nun einmal nichtig, mithin hat er ihn bloß durch seinen Willen und Körper. Daher sagt denn auch Ulpianus ganz richtig, er besitze nur pro possessore. In dem ersten Fragment bedient sich Paulus einer Argumentation, welche nach Cuper parum prudenter scripta seyn soll, mir aber sehr scharfsinnig scheint. Die Gegner hatten nämlich gewiß eingewandt: wegen des Verbots der Schenkung könne der Mann der Frau auch nicht den Besitz übertragen. Dem begegnet nun Paulus recht in seiner gewohnten Weise mit dem durchgreifenden Grunde: man kann doch dem Mann nicht verwehren, seinen Besitz zu derelinquiren. Damit gibt sich alles Uebrige, indem ja, nach den Begriffen vom Besitz, nun der Frau auch nicht verwehrt werden kann, zuzugreifen, und einseitig einen Besitz zu erwerben. — Für das interdictum unde vi haben wir auch noch ein bejahendes Fragment [3]), welches, selbst wenn es besser auf andre Art erklärt wird, als bisher [4]), doch immer den Satz enthält, daß der Beschenkte sich des Interdicts bedienen könne.

3) L. 1. §. 9. 10. de vi et vi arm. (43. 16.).

4) Man bezog das: poterit interdicto uti bisher auf den Beschenkten. Mein trefflicher College, Professor Erb, ist

Nur folgende zwey Fragmente lassen sich hier allenfalls als leges obstantes betrachten:

L. 26. pr. de donat. int. V. et U. (24. 1.) Paulus lib. 7. ad Sabinum:

Si eum, qui mihi vendiderit, iusserim eam rem uxori meae donationis caussa dare, et is possessionem iussu meo tradiderit, liberatus erit; quia licet illa iure civili possidere non intelligatur, certe tamen venditor nihil habet, quod tradat.

L. 46. ibid. Ulpianus lib. 72. ad edictum:

Inter virum et uxorum nec possessionis ulla donatio est.

Das letzte Fragment macht nun aber durchaus keine Schwierigkeit. Denn da die Schenkung nichtig ist, so kann man auch eigentlich nicht sagen, daß der Besitz geschenkt werde, sondern man muß den Besitzzustand des Beschenkten ein possidere pro possessore nennen, wie es auch nach dem Obigen Ulpianus selbst an einem andern Orte that. Diese Erklärung findet sich auch schon in der Glosse, so wie bey andern älteren und neueren Schriftstellern [5]). Das

auf eine viel bessere Erklärung gekommen, welche mit seinen neuen Ansichten über possessio naturalis und civilis genau zusammenhängt. Möchte er doch recht bald dem Publico diese Ansichten mittheilen!

5) Savigny d. R. des Besitzes. 2. Aufl. §. 7. S. 51. 52. not a.

erste Fragment dagegen will nach allen bisherigen, oder sonst denkbaren Erklärungen zu den übrigen gar nicht passen, wenn man, wie man bis jetzt immer that, von der Voraussetzung ausgeht, daß Paulus durch sein: quia licet illa iure civili possidere non intelligatur selbst etwas behaupten wollte. Nimmt man nämlich an, wie hoffentlich bald erwiesen werden wird [6], daß das Positive: civiliter possidere auf mehr, als den Usucapions-Besitz geht, und daß das Negative: civiliter, oder iure civili non possidet immer den ganzen Besitz leugnet, so ist ein reiner Widerstreit der L. 25. pr. cit. mit den andern Fragmenten augenscheinlich. Nimmt man dagegen an, wie Cujacius stets angenommen hat [7], und nach ihm die Mehrzahl unsrer Juristen [8], daß Paulus durch jenes: quia licet u. s. w. dem Beschenkten nur den Usucapions-Besitz absprach, so bleiben doch immer bedeutende Schwierigkeiten übrig. Es war nämlich bey ihm bloß die Frage davon, ob der Ver-

6) S. vorhin die Note 4.

7) Comm. ad Tit. D. pro donato ad L. 1. ibid. (opp. T. 1. p. 1143.) Parat. ad Cod. L. 7. T. 32. (opp. T. 2. p. 472.) In lib. 36. Pauli ad edictum ad L. 36. de donat. int. V. et U. (opp. P. 5. p. 559.) In lib. 54. Pauli ad edictum ad L. 1. de acquir. poss. (opp. P. 5. p. 694.) Comment. in Tit. D. de R. V. ad L. 9. ib. (opp. T. 7. p. 256.) Comment. in Tit. D. de acquir. poss. ad L. 1. §. 4. eod. (opp. T. 8. p. 241.) Comment. ad Tit. C. de acquir. poss. ad Rubr. (opp. T. 9. p. 1009.).

8) S. die Pandekten-Commentatoren zu Lib. 24. T. 1. Savigny a. a. O. S. 50. not. 1.

käufer, welcher auftragsmäßig die Sache an die Frau gegeben hatte, von der Klage des Mannes befreyt sey? Was hatte nun damit der Nicht-Usucapions-Besitz der Frau zu thun? Denn Besitz kann ja ohne Usucapions-Fähigkeit übertragen werden. Und wie paßt das: nihil habet, quod tradat zu dem Allen? Ein vernünftiger Zweifel konnte hier nur aus der Ansicht der Partey entlehnt werden, welche dem Beschenkten allen Besitz absprach. Dann könnte man allenfalls die Sache so drehen, als ob bey dem Verkäufer der Besitz geblieben sey. Allein wollte man so die Worte: licet illa iure civili possidere non intelligatur als eine Behauptung des Paulus verstehen, so wäre er mit seinen eignen Aeußerungen in grademe Widerstreit, wie es auch Cuper wirklich angenommen hat.

Folgende Bemerkungen scheinen mir alles ins Klare zu bringen. Die Worte: quia licet illa iure civili possidere non intelligatur, können nämlich als eine Behauptung verstanden werden; man kann sie aber auch nach aller Latinität in dem Sinn nehmen, daß Paulus nur sagen wollte: auch wenn ihr annehmt, daß die Frau gar nicht besitze [9]); etwa wie derselbe Doppelsinn Statt fände,

9) Belegstellen für diese Uebersetzung weiß ich in diesem Augenblick nicht. Aber ich darf mich hier wohl auf das Notorium berufen, so wie auf das Zeugniß zweyer bedeutenden Philologen, welche mich versicherten, meine Ansicht sey ganz sprachgemäß.

wenn Jemand in unsrer Sprache sagte: „wenn auch die Frau als Nichtbesitzerin angesehen wird“, wo es so gut auf ein wirkliches Leugnen, als nur auf ein Voraussetzen des Leugnens bezogen werden kann. So jene Worte verstanden, ist nun jedes Bedenken entfernt, und alles in der besten Ordnung. Es gab nämlich eine Partey, welche den beschenkten Ehegatten allen Besitz absprach, und die Ansicht dieser Partey (welche Paulus kannte, und schon an einem andern Orte widerlegt hatte) konnte hier einige Zweifel erregen. Allein Paulus begegnet dieser Partey mit seiner überall bewundrungswürdigen Gewandtheit, indem er thut, was immer das Sicherste ist, nämlich indem er dieser Partey ihr Theorem passiren läßt, und sie doch von einer andern Seite schlägt. Er erwiedert ihr daher: wenn auch nach bürgerlichem Recht die beschenkte Frau ganz und gar als Nichtbesitzerin angesehen werden kann, so bleibt hier doch die Einforderungsklage des Mannes gegen den Verkäufer unzulässig. Denn dieser hat nun einmal im Auftrage des Mannes die Sache weggegeben, und besitzt sie nicht mehr, die Frau mag angesehen werden, wie sie will. Also ist von dem Verkäufer nichts mehr abzuholen. So haben die Worte: certe tamen venditor nihil habet, quod tradat rechten Sinn und Verstand, und Jeder, dem die Manier des Paulus geläufig ist, wird zugestehen müssen, daß hier von ihm grade eine solche Wendung zu erwarten war. Wer in der Manier mancher

Facultäten nur daran gewohnt ist, mit: obwohl es scheinen möchte, und: dennoch aber und dieweil, alle möglichen guten und schlechten rationes dubitandi und decidendi aufzuzählen, dem mag freylich auch bey dieser Gelegenheit der berühmte Seufzer über den maledictus Paulus entfahren.

Sechszehnte Abhandlung.

Ueber das Verhältniß und die Rechte neuer und alter Gläubiger bey einer abermaligen Verarmung des Gemeinschuldners.

Es ist gewiß eine der wichtigsten Fragen, wie die Verhältnisse der Gläubiger zu bestimmen sind, wenn der Schuldner, welcher schon früher eine cessio bonorum vornahm, aufs Neue zahlungsunfähig wird, und nun gegen ihn auftreten, Theils ältere Gläubiger, welche in dem ersten Concurse nicht ganz befriedigt werden konnten, Theils neue Gläubiger, welche ihre Rechte erst nach der früheren Güterabtretung erwarben? Daß dann von dem beneficio competentiae des Gemeinschuldners die Rede seyn könne, ist ausgemacht. Allein darüber sind die Ideen unsrer Rechtsgelehrten sehr verschieden, wie weit das beneficium competentiae bey einem abermaligen Concurse Statt finde, oder auf das Verhältniß der alten und neuen Gläubiger

wirke; und man kann es gradezu sagen, daß über diesen Punkt die ganze bisherige Literatur nichts Genügendes enthält.

Auch bey der neuen Theorie von Schöman über das beneficium competentiae [1], wonach dieses beneficium größten heils als beneficium verschwindet, kann ein Streit über jene Punkte gedacht werden, wiewohl vielleicht da und dort unter andern Modificationen. Damit ich mich auf diese gar nicht einzulassen brauche, will ich zuvörderst in der Kürze die gänzliche Unhaltbarkeit jener neuen Theorie zu zeigen suchen.

Man hat bekanntlich bisher angenommen: beneficium competentiae sey die Wohlthat, vermöge deren ein Schuldner nicht alles herauszugeben brauche, was er besitze, sondern so viel zurückhalten dürfe, als zu seiner Ernährung unumgänglich nöthig sey; und daß diese Wohlthat ex propria persona, der Menschlichkeit, der Schicklichkeit, und des Anstandes wegen einer ziemlichen Reihe von Personen zustehe [2]. Schöman gibt nun die Richtigkeit dieses Begriffs bloß zu in Ansehung des Schenkers, der Aeltern, und des Gemeinschuldners, welcher nach einer früheren Güterabtretung auf Zahlung aus seinem neu erworbenen Vermögen belangt wird. Den übrigen Personen, denen man bisher ein beneficium competentiae ex

1) Handbuch des Civilrechts, 2. B. S. 63–70.

2) Mein Pand. Syst. §. 107.

propria persona zuschrieb, räumt er zwar auch dieses beneficium im Allgemeinen ein; allein in Ansehung ihrer soll es nur diesen Sinn haben: bey einer abermaligen Güterabtretung dürfen sie sich zwar so viel zurückhalten, als zu ihrer Ernährung erforderlich ist; aber jetzt, bey dem ersten Concurse, haften sie doch so weit, als sie etwas besitzen, und müssen dieß den Gläubigern ohne Abzug herausgeben.

Enthielten die Gesetze wirklich etwas der Art, so würden sie gradezu den Vorwurf der Ungereimtheit verdienen. Denn kein Schuldner braucht mehr herauszugeben, als er besitzt, weil sich das Unmögliche nicht möglich machen läßt; und so wäre es eine der größten Sonderbarkeiten, wenn die Gesetze gewissen Personen als Vorrecht beylegten, was sich schon nach gemeinem Recht für Jedermann von selbst versteht. Die Gesetze verdienen aber jenen Vorwurf nicht. Denn sie stellen überall die Personen, welche nach Schöman's Theorie die Alimente abziehen dürfen, mit denen, welchen er diesen Abzug nicht gestatten will, ganz in Eine Linie [3]); und in L. 173. pr. de R. I. (50. 17.), also noch dazu unter einem ganz allgemeinen Titel, sagt Ulpianus bestimmt:

In condemnatione personarum, quae in id, quod facere possunt, damnantur, non totum, quod

3) §. 37. 38. I. de act. (4. 6.) L. 54. solut. matr. (24. 3.) L. 16—22. de re iudic. (42. 1.).

habent, extorquendum est, sed et ipsarum ratio habenda est, ne egeant.

Zwar geht Schöman diesem Gesetz dadurch aus dem Wege, daß er das: sed et ipsarum so nimmt, als ob es sage: zuweilen dürften sich die, zum beneficio competentiae berechtigten Personen die Alimente zurückbehalten. Allein dieß ist offenbar gewaltsam; auch werden dadurch die, eben so entscheidenden Worte: non totum, quod habent, extorquendum est, keineswegs entfernt.

Die Gründe, wodurch Schöman zu seiner neuen Theorie veranlaßt ward, sind bloß diese: es werde in Beziehung auf die, zum beneficio competentiae berufenen Personen stets davon geredet, daß sie verurtheilt werden dürften, in quantum facere possunt [4]), auch werde es dem Schenker als etwas Besonderes angerechnet, daß er die Alimente zurückbehalten könne [5]). Allein damit ist leicht fertig zu werden. Das: quantum facere possunt sagt zwar buchstäblich, daß alles herausgegeben werden muß. Allein kann hier nicht auch eine Kunstbedeutung Statt finden? Das ist es eben, was man nach den übrigen Gesetzen annehmen muß, und was man um so leichter annehmen kann, da wir schon in unsrer gemeinen Sprache einen völlig gleichen Fall haben. Denn bey uns werden die Ausdrücke:

4) §. 37. I. de act. (4. 6.) 5) L. 19. §. 1. L. 30. cod. L. 21. de re iudic. (42. 1.)

ich kann nicht zahlen, ich bin außer Stande alles zu berichtigen u. d. gl. in der Regel immer da gebraucht, wo allenfalls wohl die volle Bezahlung erfolgen könnte, aber nicht ohne den gänzlichen Ruin des Schuldners. Auch ist für diese sehr natürliche Ansicht der Umstand ganz entscheidend, daß grade in Beziehung auf die Personen, welche nach Schömans Ansicht wegen eines besondern Vorrechts die Alimente abziehen dürfen, ausdrücklich von dem agere und damnare in id quod facere possunt, die Rede ist. Daß bey dem Schenker noch besonders von den Alimenten geredet wird, hat einen sehr einfachen Grund, welcher gegen die gemeine Theorie nichts entscheidet. Der Schenker hat nämlich das, sonst ganz unerhörte Vorrecht, daß er so viel bey Seite legen darf, als die Summe seiner sämmtlichen übrigen Schulden beträgt. Da nun seine übrigen Gläubiger ihn in Ruhe lassen können, so war hier das Bedenken natürlich: ob er noch dazu die Alimente einbehalten dürfe? Dieß wird nun zwar bejahet; aber damit ist denn augenscheinlich nicht entfernt angedeutet, daß die Personen, denen die Competenz zu lassen ist, ohne daß sie ihre andern Schulden in Anrechnung bringen dürfen, nicht einmal in Betreff der Alimente eine Gunst genießen.

Was nun den eigentlichen Hauptgegenstand dieser Abhandlung betrifft, so kommt es dabey auf folgende zwey Hauptfragen an, nämlich:

1) Gegen welche Gläubiger hat der Gemeinschuldner, welcher schon früher eine Güterabtretung vornahm, die Wohlthat der Competenz? Bedeutende Juristen waren bisher oft der Meynung, daß er jener Wohlthat nur gegen die Gläubiger genieße, denen früher die Güterabtretung geschah, folglich nicht gegen diejenigen, deren Schuldner er erst nach der früheren Güterabtretung ward [6]). Andere dagegen gestatten ihm die Competenz in Verhältniß zu allen Arten der Gläubiger [7]). Diese letzte Ansicht halte ich am Ende für die richtigere, obgleich einige scheinbare Zweifel dagegen erregt werden können. Schon der gesetzlich angegebene Grund des beneficii competentiae in diesem Fall: inhumanum est, spoliatum fortunis suis in solidum damnari [8]), geht auf alle Arten der Gläubiger, weil die Härte für den ehemaligen Gemeinschuldner immer dieselbe ist, er mag nun durch das Andringen neuer, oder alter Gläubiger abermals ins Unglück gestürzt werden. Dazu kommen nun noch folgende zwey Fragmente:

L. 4. de cession. bonor. (42. 3.) Ulpianus lib. 59. ad edictum:

6) Albericus ad Cod. L. 7. T. 72. c. 3. Cuiacius parat. et comment. ad Codicem ibid. (opp. T. 5. p. 517. T. 9. p. 1130.) Bechmann de benefic. competentiae. Ienae 1676. §. 21. Tenzel de cod. arg. Erf. 1719. §. 29.

7) Goclenius de benefic. competent. Rint. 1702. §. 16. Brunnemann ad L. 4. D. de cess. bonor. Lauterbach coll. L. 42. T. 1. §. 38.

8) §. ult. I. de act. (4. 6.).

Is qui bonis cessit, si quid postea acquisierit, in quantum facere potest convenitur. § 1. Sabinus et Cassius putabant, eum, qui bonis cessit, ne quidem ab aliis, quibus debet, posse inquietari.

L. 6. eod. Ulpianus lib. 64. ad edictum:

Qui bonis suis cessit, si modicum aliquid post bona sua vendita acquisivit, iterum bona eius non veneunt.

Das letzte Fragment ist ganz unbedingt, und das erste noch bestimmter, indem es namentlich für unsre Frage die bejahende Meynung des Sabinus und Cassius anführt, ohne irgend etwas gegen die Richtigkeit dieser Meynung zu erinnern, wodurch denn die, der Form nach bloß historische Anführung die volle Kraft eines Gesetzes bekommt.

Die Gegenpartey hat nur diese zwey Gründe für sich:

A) Die Aeußerung Justinians im §. 40. I. de act. (4. 6.):

Cum eo quoque, qui creditoribus suis bona cessit, si postea aliquid acquisierit, quod idoneum emolumentum habeat, ex integro in id, quod facere potest, creditores experiuntur.

Nimmt man hier nämlich das: ex integro creditores experiuntur recht haarscharf, so paßt es freylich nicht

auf die neuen Gläubiger, welche bisher noch nicht geklagt hatten. Allein dagegen darf man wohl mit Recht einwenden: den Institutionen fehlt überall die volle Bestimmtheit und Schärfe. Gewöhnlich geben sie nur den ersten, ursprünglichen rohen Grundbegriff eines Instituts, lassen aber alles, was wir Ausnahme, Limitation und Ampliation nennen, in den Pandekten nachfolgen [9]). So erwähnen denn auch die Institutionen bey dieser Gelegenheit nur dasjenige, was immer ausgemacht war; aber die Pandekten führen, nach der Idee von Sabinus und Cassius die Sache weiter aus, und da dürfen denn, nach anerkannten allgemeinen Grundsätzen der Auslegung, die näheren Bestimmungen derjenigen Compilation, welche grade für solche Bestimmungen angelegt war, nicht durch die unbestimmten Aeußerungen eines oberflächlichen Lehrbuchs entkräftet werden.

B) Einen zweyten Gegengrund hat man in folgendem Reskript zu finden geglaubt:

L. 3. C. de bon. auct. ind. poss. (7. 72.) Imp. Antoninus A. Claudianae:

Ex contractu, qui cessionem rerum antecessit, debitorem contra iuris rationem convenies, quum eum aequitas auxilio exceptionis muniat. At tunc demum iterato possis desiderare conventionem, quum tantum postea quaesivit,

9) S. oben S. 95. fgg.

quod praesidem ad eius rei licentiam debeat promovere.

Allein wenn man sich dabey an die, so oft wiederholte Wahrheit erinnert, daß in den Reſcripten des Codex die Erwähnung der vorliegenden factiſchen Umſtände ſehr häufig bloß enunciativ iſt, und daß man inſofern in den bloß zufälligen hiſtoriſchen Erwähnungen des befragtlichen Falles den Entſcheidungsgrund nicht ſuchen darf: ſo iſt in dieſem Reſcript das: qui cessionem rerum antecessit ſchon an ſich nicht als etwas Ausſchließliches zu nehmen. Auch hatte hier das namentliche Erwähnen des antecedere noch recht gute beſondere Gründe. Denn wenn darüber, wie die obigen Aeußerungen Ulpians beweiſen, unter den Juriſten verſchiedene Anſichten waren, ob auch gegen die ſpäteren Gläubiger das beneficium competentiae Statt finde: ſo ſchlug es ja für den vorgelegten Fall ganz durch, daß der Contract ſchon vor der Güterabtretung geſchloſſen war. Noch jetzt geſchieht es ja alle Tage in Gutachten unſrer Facultäten, daß man ſich um weitläuftige Neben-Controverſen nicht bekümmert, wenn ſich alles mit Einem Haupt-Argument abthun läßt.

2) Setzen wir nun aber auch die eine, oder die andre Theorie als richtig voraus, ſo entſteht die fernere Frage: ob bey einer neuen Verſchuldung die früheren und ſpäteren Gläubiger ganz nach gleichen Grundſätzen zu behandeln ſind, oder nicht? eine Frage, welche, ſo viel ich weiß,

nur in einer einzigen Dissertation ernstlich erwogen ist [10]). Wird dabey

A) der Grundsatz angenommen, daß der Gemeinschuldner nicht bloß gegen die früheren, sondern auch gegen die späteren Gläubiger das beneficium competentiae habe, so ist in der That kein Grund einzusehen, warum in Ansehung der Gläubiger die gewöhnliche Rangordnung im Concurse aufgegeben werden soll. Denn es schadet dem Gemeinschuldner nicht, ob man sie so, oder so stellt, weil er gegen alle in Betreff der Alimente gedeckt ist; und für das gegenseitige Verhältniß der Gläubiger gibt es keinen auch nur einigermaßen scheinbaren Grund zu einer Abweichung von den gewöhnlichen Regeln. Nimmt man dagegen

B) an, daß nur den älteren, nicht aber den späteren Gläubigern die Wohlthat der Competenz entgegengesetzt werden kann, so läßt sich allerdings manches dafür sagen, daß die späteren Gläubiger vorzuziehen sind; wiewohl ich mich nicht davon überzeugen kann, daß die bisher dafür beygebrachten Gründe, wovon ich selbst in früheren Zeiten zum Theil eingenommen war, zur Rechtfertigung einer solchen Singularität hinreichen. Diese Gründe sind folgende:

a) Eine ausdrückliche analoge Entscheidung Ulpians in L. 3. quod cum eo (14. 5.). Nach dem

10) Ulmann de locatione creditorum in iterata eiusdem debitoris cessione. Ienae 1804.

Edict hat nämlich der, von der väterlichen Gewalt befreyte Hausſohn, welcher nicht bedeutende Güter aus der Gewalt brachte, gegen die Gläubiger, mit denen er unter der Gewalt contrahirte, in den erſten Zeiten ſeiner Befreyung, und bis ſo viel Zeit verfloſſen iſt, daß er etwas Bedeutendes erwerben konnte [11]), das beneficium competentiae, nicht aber gegen die Gläubiger, mit denen er nachher in Schuldverhältniſſe kam [12]). In dem erwähnten Fragment ſagt nun Ulpianus über das Zuſammentreffen beyder Arten der Gläubiger dieß:

Sed an hic detrahi debeat, quod aliis debetur, tractari potest. Et si quidem sint creditores, qui, cum esset alienae potestatis, cum eo contraxerunt, recte dicetur, occupantis meliorem esse conditionem: nisi si quis privilegiarius veniat; huius enim non sine ratione prioris ratio habebitur. Quod si qui sint, qui, posteaquam sui iuris factus est, cum eo contraxerunt, puto horum rationem habendam.

11) Das iſt der offenbare Sinn der L. 4. §. 4. quod cum eo (14. 5.). Die Idee Andrer, daß der Gläubiger post multos annos gar nicht klagen könne, iſt auch deswegen ganz unnatürlich, weil es zu der Zeit, als das hier in Frage ſtehende Edict verfaßt ward, noch gar keine praescriptio longissimi temporis der Klagen gab. Das: post multos annos hat hier denn alſo keinen beſtimmten Termin, ſondern nur den unbeſtimmten: ſo viel Zeit, als dieſer Menſch nach ſeiner Lage gebraucht, um wohlhabend zu werden.

12) L. 2. quod cum eo. (14. 5.)

Allein der Ausdehnung dieses Fragments auf unsern Fall stehen doch bedeutende Gründe entgegen. Denn Theils sieht man Ulpians eigentlichen Entscheidungsgrund nicht, und es fehlt mithin die Hauptbedingung der logischen Ausdehnung; Theils läßt sich für Ulpians Fall ein sehr natürlicher Grund denken, welcher für unsern Fall keine Anwendung leidet. Der Grund kann nämlich leicht dieser gewesen seyn: Der Haussohn wird durch die väterliche Gewalt in Ansehung seines Gütererwerbes fast um alle Selbstständigkeit gebracht, wenigstens war es noch zu Ulpians Zeiten so. Wer also mit einem Haussohn contrahirt, der hat sich durch seinen eignen Willen in ein schlechtes Geschäft eingelassen. Dieser Einwand steht aber nicht den Gläubigern entgegen, welche nachher mit dem entlassenen Sohn Geschäfte machen. Verweist man mithin nachher die alten Gläubiger auf die, durch ihren eignen Willen begründeten schlechten Verhältnisse, so läßt sich die Sache hören. Allein wie paßt dieß auf den Fall, wovon wir hier reden? Man könnte da vielmehr gewissermaßen das Umgekehrte sagen. Denn wenn Jemand schon einmal banquerotirt hat, so hat man mehr Gründe, ihm zu mißtrauen, als vorher, und so würden hier die früheren Gläubiger im Verhältniß zu den neuen vielmehr die besseren seyn.

b) Nur dadurch, daß man dem Schuldner erlaube, den neuen Gläubigern vor den alten den Vorzug zu geben, bringe man jenen in die Lage, daß ihm sein bene-

ficium competentiae ganz gegen die letzten gesichert werde. — Diesen Erfolg gebe ich nun zwar zu, aber nicht den Rechtssatz, worauf er durch jenen Einwand gegründet werden soll. Zur Deutlichkeit nehme man dieses einfache Beyspiel. A. tritt seine Güter im Jahr 1780 an seine Gläubiger ab, und bleibt hier dem B. 2000 schuldig. Nachher erwirbt A. wieder 4000, wird aber dem C. 2000 schuldig. Darauf fordert B. seine 2000. Nehmen wir nun, daß zur Competenz des A. die Rückhaltung von 2000 erforderlich wäre, so wäre A. freylich in einer übeln Lage, wenn er dem B. als primo venienti seine 2000 zahlen müßte. Kann er dagegen für C. 2000 abziehen, oder wenn B. und C. zugleich auftreten, den C. vor B. befriedigen, so ist er wegen der Alimente gedeckt. Denn hat er, wegen des geschehenen Zurücklegens für C., oder wegen des Vorbezahlens an C., nur noch 2000 für B, so ist ihm nun die exceptio competentiae gegen B. ganz offen. Im umgekehrten Fall wäre die Sache anders, weil ja (nach der hier vorausgesetzten Theorie) gegen den neuen Gläubiger C. jene Einrede nicht Statt findet. — Allein dieser Erfolg, so hart er auch seyn mag, darf doch nicht dahin führen, daß A. den B. gegen C. zurücksetzen darf, da wir ja die ganz bestimmte Vorschrift haben, daß, mit Ausnahme des einzigen Falles der Schenkung, bey Vorschützung der exceptio competentiae niemals dasjenige in Abzug gebracht werden darf, was der Beklagte andern Personen schuldig

ist [13]). Man muß hier also die Sache ganz in der gewöhnlichen Ordnung lassen, woraus denn bloß folgt, daß der Schuldner bey einer abermaligen Verarmung den ältern Gläubiger excipiendo zurücktreiben kann, wenn dieser *suo loco* nach demjenigen greift, was nun noch zur Ernährung des Schuldners unentbehrlich ist. Damit verschwindet dann auch

c) der letzte Einwand: der Schuldner, welcher einmal die Güterabtretung vornahm, sey den alten Gläubigern nur noch insoweit verhaftet, als er zureichende Güter erwerbe; der Ausdruck Güter beziehe sich aber nur auf das Activ-Vermögen, nach Abzug aller Schulden [14]). Das Letzte ist freylich in Beziehung auf Erbschaften wahr, aber nur grade nicht für unsern Fall. Denn es ist ja, wie gesagt, ausdrücklich entschieden, daß nur der Schenker bey Vorschützung des beneficii competentiae wegen seiner übrigen Schulden einen Abzug machen dürfe. Dieß begreift sich auch recht wohl. Denn Schulden haben, und Schulden bezahlen müssen, ist zweyerley, da der Schuldner oft ganz, oder lange Zeit von seinen Gläubigern in Frieden gelassen wird, also von dem Seinigen leben kann, obgleich er Gläubiger hat.

13) L. 19. §. 1. de re iudic. (42. 1.)

14) L. 39. §. 1. de V. S. (50. 16.).

Siebenzehnte Abhandlung.

Beyträge zu der Lehre von den Bedingungen.

I.

Gleichheit der auffchiebenden und auflöfenden Bedingungen.

Keine Lehre ist bisher im Ganzen so hölzern und frostig bearbeitet, als die Lehre von den Bedingungen. Ueber die große Reihe feiner und spitzfindiger Sätze dieser Lehre haben wir zwar eine Menge einzelner scharfsinniger Erörterungen; aber über den Zusammenhang, und, wenn ich mich so ausdrücken darf, den Mechanismus des Ganzen schwieg man bisher immer; und so ward denn manches Wichtige übersehen, oder in einen ganz falschen Gesichtspunkt gestellt.

Am auffallendsten ist die Erscheinung, daß man bisher die Hauptkraft nur auf die aufschiebenden Bedingungen

verwandte, und die auflösenden bloß flüchtig berührte. In den vier Hauptwerken über die Bedingungen [1]) werden die ersten mit großer Sorgfalt nach allen Kategorien betrachtet; aber die letzten immer nur so nebenbey, oder mit ein Paar Worten hinterher erwähnt; und in diesem Ton ist die Sache bis auf die neueste Zeit fortgegangen [2]). An eine klare Entwickelung des inneren Zusammenhanges und der Gleichheit beyder Arten der Bedingungen wurde gar nicht gedacht; und daher ward denn auch die auflösende Bedingung ganz unbedenklich so behandelt, als ob bey ihr recht wohl etwas Anderes gelten könne, als bey der aufschiebenden.

Wer nur einigermaßen zu Abstractionen aufgelegt ist, dem muß es gleich im Eingange der Lehre auffallen, wie man bisher immer nur in Beziehung auf die aufschiebenden Bedingungen von einem Aufschieben reden konnte. Betrachtet man nämlich den Gattungsbegriff: Bedingung im Allgemeinen, so ist das Hauptmerkmal nicht zu verkennen, daß jede Bedingung etwas hinausschiebt. Denn sie ist ja, ihrem Begriff zufolge, ein Thatumstand, von dessen Daseyn oder Nichtdaseyn das Seyn oder Nichtseyn eines Rechtsver-

1) F. Balduini comm. de conditionibus hinter dessen tr. de pignoribus (auch in Heineccii iurispr. Rom. et Attica T. 1.) F. Bruselii tr. de conditionibus, et P. Durani tr. de condit. et modis impossibilibus. Frkf. et Lips. 1700. 4. I. I. Ravensberg de condit. convention. et ultimar. voluntatum. Ien. 1752. 8.

2) Höpfner Comm. §. 740. Glück Erläut. d. Pand. 4. B. §. 737. a — c. 738.

hältnisses abhängt, mithin muß ihr Schweben immer verschieben, ihr Wegfallen immer den Eintritt des Rechtsverhältnisses abwenden, und ihr Wirklichwerden immer das Daseyn desselben begründen. Dieser Charakter des Aufschiebens findet sich denn auch bey der sogenannten auflösenden Bedingung, nur in einer umgekehrten Richtung, wie bey der aufschiebenden. Wie diese nämlich das erste Hingeben verschiebt, so verschiebt jene das Zurückgeben. Die aufschiebende bringt also das Hauptgeschäft ins Schweben; die auflösende hingegen nicht das Hauptgeschäft, sondern die demselben angehängte Nebenberedung des Rückfalls [3]). Was mithin die aufschiebende auf das Hauptgeschäft wirkt, daß muß die auflösende auf den Nebenvertrag wirken, und so im Ganzen eine volle Gleichheit der Grundsätze für beyde eintreten.

Bey Aufzählung der einzelnen Rechtssätze, welche für die eine und die andre jener Arten der Bedingungen gelten, hat man bisher auch jenen Hauptgedanken so ziemlich getroffen, und wer darauf aufmerksam gemacht wird, der kann ihn unmöglich bestreiten. Allein in Beziehung auf einzelne Rechtssätze hat man bisher doch beyde Bedingungen als etwas ganz Heterogenes behandelt, und gar kein Bedürfniß für die, der Consequenz wegen auch hier wünschens-

3) L. 3. de contr. emt. (18. 1.) L. 2. pr. §. 1. L. 4. §. 3. de in diem addict. (18. 2.) L. 1. de lege commissor. (18. 3.) L. 2. §. 4. 5. pro emtor. (41. 4.).

werthe volle Einheit blicken lassen. Folgendes sind Belege hiefür.

1) In Betreff der negativen moralisch unmöglichen Bedingung soll es Regel seyn, daß sie, der Schändlichkeit wegen, als aufschiebende den Vertrag vernichte, keineswegs aber als auflösende [4]). Allein so etwas wäre gegen alle Vernunft; vielmehr muß danach eine solche Bedingung als aufschiebend auf das Hauptgeschäft oder das Hingeben eben dasjenige wirken, was sie als auflösend auf das Nebengeschäft oder das Hergeben zur Folge hat, und umgekehrt, weil die Schande bey dem Hin auch eine Schande bey dem Her seyn muß. Vergleicht man nun auch die Gesetze über diesen Punkt [5]), so ist es augenscheinlich, daß sie die einfache Ansicht haben: es ist schändlich, sich als Belohnung für Unterlassung einer Untugend etwas zu bedingen; aber nicht schändlich, sich für das Nichtunterlassen einer Untugend einer Strafe zu unterwerfen. Daß bedungene Hin oder Her ist also nichtig, wenn es die Belohnung unterlassener Schlechtigkeiten seyn sollte; während umgekehrt beydes gilt, sofern es auf Bestrafung einer nicht unterlassenen Untugend abzweckte.

2) Wenn von der Restitution der Früchte nach Eintritt der Bedingung die Rede ist, so sind alle Theile darin ein-

4) Glück a. a. O. §. 738.

5) L. 7. §. 3. L. 50. de pact. (2.14.) L. 121. pr. §. 1. de V. O. (45. 1.) Tit. C. si mancip. ita ven. (4. 56.).

verstanden, daß nach Eintritt der auflösenden Bedingung alle von der Zeit des Geschäfts an gezogenen Früchte mit herausgegeben werden müssen, indem es die Gesetze bestimmt sagen, wenigstens bey Gelegenheit der Lex commissoria, und der addictio in diem [6]). In Betreff der aufschiebenden Bedingung nehmen Einige dasselbe an [7]), während Cocceji mit Andern dem Veräußerer alle, vor Eintritt der Bedingung gezogenen Früchte zuspricht [8]). Keiner dieser Parteyen ist es auch nur entfernt eingefallen, sich entweder auf die Analogie der auflösenden Bedingungen zu berufen, oder in dieser Analogie Schwierigkeiten zu finden, und dieselben zu beseitigen. Und doch wäre nichts natürlicher gewesen. Denn wie bey der auflösenden Bedingung der Erwerber einstweilen Eigenthümer wird, so bleibt bey der aufschiebenden der Veräußerer einstweilen Eigenthümer; und wie bey dieser nach Eintritt der Bedingung das Eigenthum des Veräußerers dem Acceptanten zufallen muß, so bey jener dem Veräußernden. Es wäre hier also durchaus keine juristische Einheit, wenn nach Eintritt der aufschiebenden Bedingung nicht ebenfalls die, in der Zwischenzeit gezogenen Früchte mit herausgegeben wer-

6) L. 6. pr. L. 16. de in diem. addict. (18. 2.) L. 4. pr. §. 1. de lege commiss. (18. 3.) L. 11. §. 10. quod vi aut. clam. (43. 24.)

7) Ravensberg de condit. cap. 6. §. 25. Stryk U. M. P. L. 18. T. 1. §. 28. T. 6. §. 5.

8) Cocceii ius civ. contr. L. 18. T. 2. qu. 12.

den müßten; und dafür gibt es auch in Ansehung der, nicht rein potestativen Bedingungen den ganz entscheidenden Grund, daß nach den Gesetzen [9]) alle aufschiebenden Bedingungen, welche nicht mere potestativae sind, auf den Anfang des Geschäfts zurückgezogen werden sollen, daß also bey solchen Bedingungen das Geschäft behandelt wird, als ob es schon zur Zeit der Abschließung perfectum gewesen wäre, und daß nach andern Gesetzen alle, post perfectam venditionem gezogenen Früchte dem Käufer gebühren [10]). Der Hauptgrund [11]) von Cocceji: wer die Gefahr zu tragen habe, könne auch auf die Vortheile Anspruch machen, läßt sich gradezu gegen ihn umdrehen. Denn pendente conditione suspensiva trägt der Promittent nur das periculum interitus, nicht aber das periculum deteriorationis [12]). Muß also dann der Acceptant in Ansehung der Nebendinge die Gefahr tragen, so gebühren ihm auch dafür die Nebenvortheile.

So geben also auch hier die Resultate auf eine Gleichheit zwischen der auflösenden und aufschiebenden Bedin-

9) L. 9. §. 1. L. 11. §. 1. qui pot. in pign. (20. 4.) L. 16. de solut. (46. 3.).

10) L. 16. C. de act. emt. (4. 49.).

11) Sein Nebengrund über das Zurückfordern der, pendente conditione gezogenen Früchte sagt nichts. Denn was man irrig vor Eintritt der Bedingung zahlt, das ist ja kein indebitum bloß ratione temporis.

12) L. 8. pr. de periculo (18. 6.).

gung. Nur in Einer Hinsicht könnten hier allenfalls Schwierigkeiten entstehen. Wendet man nämlich in Ansehung der Früchte die Grundsätze über das Zurückziehen der Bedingungen consequent an, so folgt daraus bloß, daß die Früchte bey dem Eintritt der aufschiebenden Bedingung mit herauszugeben sind, wenn die Bedingung casualis oder mixta, nicht aber, wenn sie mere potestativa war. Bey der auflösenden Bedingung nahm man dagegen bisher den unbeschränkten Satz an, daß der Rückerwerber alle inzwischen gezogenen Früchte fordern könne. Allein eben diesen letzten Satz möchte ich noch bezweifeln. Denn die vorhin erwähnten Gesetze [13]), woraus man ihn ableitet, reden bloß von der lex commissoria, und der addictio in diem, wobey der Rückfall nicht durch ein mere potestativum des Veräußernden bewirkt wird; auch haben wir, wie sich gleich nachher zeigen wird, einen ganz ähnlichen Fall, wo der lex commissoria, und der addictio in diem sehr weite Wirkungen beygelegt werden, während nach einer bestimmten gesetzlichen Entscheidung diese Wirkungen nicht Statt finden sollen, wenn der auflösende Thatumstand bloß von der Willkühr des Rückerwerbers abhängt. Im Geist des Rechts, und der Analogie zufolge, würde ich also sagen, daß auch bey dem Eintritt der auflösenden Bedingung die Früchte nicht rückwärts herausgegeben zu werden brauchen,

13) S. vorhin not. 6.

wenn die Bedingung ein factum mere potestativum des Veräußernden ist; und damit wäre hier denn alles in eine volle Harmonie gebracht. Nur das scheint mir gerechten Tadel zu verdienen, daß man überhaupt ein Zurückziehen der Bedingungen bey Verträgen zuließ. Mein geistvoller verstorbener College Trendelenburg [14]) konnte, obgleich er der eifrigste Bewundrer des Römischen Rechts war, nie ohne Bitterkeit darüber reden; und in der That läßt sich auch kaum ein mittelmäßig guter Grund ahnden, wodurch man zu dieser Sonderbarkeit veranlaßt ward.

II.

Vindications-Recht des Veräußernden nach Eintritt der auflösenden Bedingung.

Es ist gewiß practisch eine der der bedeutendsten Fragen, ob der Veräußerer einer Sache nach dem Eintritt der auflösenden Bedingung, die Sache nicht bloß von dem

14) Ein bey weitem nicht genug gekannter, trefflicher, recht gediegener Gelehrter, reich an den mannigfaltigsten Rechtskenntnissen, als Practiker unendlich gewandt, und dabey ein fein gebildeter Kenner ächter Latinität. Seine Dissertationen verdienten vor vielen andern gesammelt zu werden, wozu ich seinen würdigen Freund, und warmen Verehrer Cramer hiedurch auffordern möchte. In den jetzigen Zeiten, wo man, der Himmel sey gepriesen! in den Gallicis sich nicht mehr zu erschöpfen braucht, könnte eine solche Sammlung gewiß auf ein gutes Publicum rechnen.

Empfänger zurückfordern könne, — welches außer allem Zweifel ist, — sondern auch von jedem dritten Besitzer? Soviel ist gewiß, daß die Vindication wegfällt, wenn die Bedingung von Seiten des Rückerwerbers eine conditio mere potestativa ist. Darüber haben wir folgendes, auch für die nachherigen Erörterungen wichtige, ganz bestimmte Fragment:

L. 3. quib. mod. pign. vel hyp. solv. (20. 6.)
Ulpianus lib. 8. disputationum:

Si res distracta fuerit sic: *nisi intra certum diem meliorem conditionem invenisset*, fueritque tradita, et forte emtor, antequam melior conditio offerretur, hanc rem pignori dedisset, Marcellus libro 5 Digestorum ait, finiri pignus, si melior conditio fuerit allata; quamquam ubi sic res distracta est, *nisi emtori displicuisset*, pignus finiri non putet.

Bestimmt kann dies Fragment gewiß insofern genannt werden, als das, was hier von dem Theile (dem Pfandrecht) gesagt ist, nach aller Vernunft auch von dem Ganzen (dem Eigenthum) gelten muß. Die Sache ist auch natürlich, da man bey dem pacto displicentiae den Veräußernden darauf verweisen kann, daß er sich nicht früher rührte, daß also bloß sein eigner freyer Wille Ursache des Schadens sey. Bey der actio redhibitoria kommt auch, im

umgekehrten Verhältniß, etwas sehr Aehnliches vor [15]). Allein wenn die auflösende Bedingung von anderer Art war, wie verhält es sich dann? Leider haben wir darüber keine allgemeinen Gesetze, sondern nur gelegentliche Aeußerungen in Beziehung auf die besondern Fälle der addictio in diem und der lex commissoria, und eben diese Aeußerungen scheinen, buchstäblich genommen, gar nicht recht in einander zu passen, daher hier denn der verschiedenen Meynungen und der Künsteleyen genug zu Tage gekommen sind. Einige gestatten dem Veräußernden sofort mit Eintritt der auflösenden Bedingung unbedingt eine Vindication gegen Jedermann, umgehen aber zum Theil die Gesetze, welche auf die entgegengesetzte Idee führen könnten [16]). Andre erklärten sich grade für diese entgegengesetzte Idee, und suchten alle Gesetze, welche für die erste Partey sprechen, dadurch aus dem Wege zu räumen, daß sie voraussetzten, in den Gesetzen, wo dem Veräußerer eine Vindication gegeben werde, sey an den Fall gedacht, daß ihm der Erwerber die Sache wirklich zurück-tradirt habe [17]), oder an den Fall, daß der Veräußerer sich vorläufig Besitz und Eigenthum zurückbehielt [18]). Eine dritte Partey endlich,

15) L. 21. §. 1. de aedil. edict. (21. 1.).

16) Namentlich Donellus commentar. L. 16. c. 18. 19.

17) F. I. Musset observ. quaedam de conventionibus ad conditionem initis. Wetzlar 1813. p. 4—26.

18) So dachte Einmal Cujacius, wie sich nachher ergeben wird.

welche schon, wie die erste, unter den Glossatoren Anhänger hatte, und bis auf die neuesten Zeiten unter den Praktikern den mehrsten Beyfall fand, suchte, wie es auch sonst gebräuchlich ist, durch eine tüchtige Distinction Frieden zu schaffen. Man soll nämlich unterscheiden: entweder gebraucht der Veräußernde verba directa, z. B. ut fundus inemtus *sit*, ut venditio irrita sit, oder verba obliqua, z. B. ut fundus inemtus *fieret*, ut res reddatur u. dgl. In jenem Fall hat nach Eintritt der auflösenden Bedingung der Veräußernde eine vindicatio; in diesem aber nur eine Personal-Klage gegen den Empfänger [19]).

Ich selbst habe mich bisher immer für die letzte Theorie erklärt [20]), aufrichtig gesprochen aus keinem andern Grunde, als weil mir Zeit und Neigung fehlten, grade diese Materie ernstlich zu prüfen, weil andre Lehren mich mehr interessirten, und weil ich es mir zum heiligen Gesetz gemacht habe, nicht eher von einer herrschenden Meynung abzugehen, als bis ich ihre Irrigkeit recht klar eingesehen habe. Denn die Praxis hatte im Ganzen immer einen guten Tact, und wer muß es nicht eingestehen, durch sie von theoretischen Verirrungen oft geheilt zu seyn? Jetzt habe ich mich

19) Brunnemann ad Cod. L. 4. T. 54. ad const. 1. 2. 4. Cocceii ius contr. L. 18. T. 2. qu. 5. T. 3. qu. 5. et Emminghaus ibid.

20) Mein Pand. Syst. §. 124.

aber überzeugt, daß jene Unterscheidung völlig grundlos ist, wie es auch schon früher einer unsrer größten Juristen erinnert hatte [21]). Kein einziges Gesetz ist dafür; alles ist nur so im Nothstande aus der Luft gegriffen, und auf guten Glauben nachgesagt; und es gibt sogar gesetzliche Aeußerungen für das Gegentheil. In dem, vorhin wörtlich angezogenen Fragment wird die Erlöschung des Pfandrechts, also die Wirkung gegen Dritte, unbedingt bey der addictio in diem angenommen, ohne irgend eine Formel zu unterscheiden, bloß unter der Voraussetzung, daß die melior conditio zur Bedingung gemacht, und nachher angeboten ward. In L. 41. de R. V. (6. 1.) kommen sogar bey Ulpianus so recht eigentliche verba obliqua vor (ut recedatur ab emtione), und doch soll unter dieser Voraussetzung das Eigenthum des Empfängers so erlöschen, daß ihm nicht weiter eine actio in rem zustehe. Nirgend ist eine auch nur schwache Andeutung auf jenen angeblichen Unterschied, und ein Vernunftgrund fehlt dafür um so mehr ganz, da die hieher gehörenden Gesetze sich grade auf bonae fidei negotia beziehen, wobey niemals ein fahles Formel-Wesen Gewicht hatte. Man muß also der Sache auf eine andre Weise zu helfen suchen, oder lieber die Unauflöslichkeit des Problems anerkennen.

21) I. H. Boehmer de verbis directis et obliquis. §. 30. 31. (Exerc. ad P. T. 1.)

Alles genau erwogen scheint mir die Meynung der Partey, welche gleich nach Eintritt der Bedingung dem Käufer eine Vindication gestattet, ganz überwiegende Gründe zu haben. In Ansehung der addictio in diem leidet dieß den wenigsten Zweifel, sofern man auf die Gesetze sieht, welche namentlich von ihr reden. Denn die vorhin angezogene L. 3. quib. mod pign vel hyp. solv. (20. 6.) ist deutlich für die Vindication, und eben so die, ganz gleichlautende L. 4. §. 3. de in diem addict. (18. 2.) Auch entscheidet dafür (wenn man nicht mit der zweyten Partey eine erfolgte Rückgabe fingirt) folgendes Fragment:

L. 41. pr. de R. V. (6. 1.) Ulpianus lib. 17. ad edictum:

Si quis hac lege emerit, ut si alius meliorem conditionem attulerit, recedatur ab emtione, post allatam conditionem iam non potest in rem actione uti. Sed si cui in diem addictus sit fundus, antequam adiectio sit facta, uti in rem actione potest; postea non poterit.

Die eigne Idee, welche hier Faber [22]) hat, nämlich daß nach der addictio zwar der Käufer keine vindicatio mehr habe, daß sie aber deswegen dem Verkäufer noch

22) Rational. ad L. 41. de R. V.

nicht zustehe, ist so sonderbar und unpassend, daß sie selbst von den Anhängern der zweyten Partey verschmäht ward [23]). Nur folgende Stelle könnte allenfalls als widerstreitend betrachtet werden:

L. 16. de in diem addict. (18. 2.) Ulpianus lib. 32. ad edictum:

Imperator Severus rescripsit: sicut fructus in diem addictae domus, cum melior conditio fuerit allata, venditori restitui necesse est, ita rursus quae prior emtor medio tempore necessario probaverit erogata, de reditu retineri, vel, si non sufficiat, solvi aequum est. Et credo, sensisse principem de emti venditi actione.

Allein schon die Glosse hat die richtige Erklärung gegeben, womit alle Schwierigkeiten verschwinden, nämlich daß hier bloß von Personal-Forderungen und Klagen die Rede ist, welche aus den Grundsätzen der rei vindicatio nicht folgen, weil danach der bonae fidei possessor die genossenen Nutzungen nicht zu restituiren braucht, und wegen seiner Verwendungen nur Einreden, aber kein Klagrecht hat. Der Kaiser konnte also in seinem Reskript nur die Contractsklagen gemeynt haben, und diese sind hier nicht

23) Musset l. c. p. 9—12.

widersprechend, auch wenn man annimmt, daß nach Eintritt der auflösenden Bedingung, ipso iure der Verkauf aufhört, und das Eigenthum zurückfällt. Denn das gilt ja überall, daß nach Endigung des Contracts wegen der Contracts-Forderungen die Contractsklagen fortdauren.

In Beziehung auf die lex commissoria haben wir zuerst folgendes Pandekten-Fragment, welches, wenn man es auf die natürlichste Weise versteht, ganz offenbar dafür entscheidet, daß der Verkäufer sofort nach eingetretenem Verzuge die Sache vindiciren kann.

L. 8. de lege commissor. (18. 3.) Scävola lib. 7. Digestorum:

Mulier fundos Gaio Seio vendidit, et acceptis arrae nomine certis pecuniis, statuta sunt tempora solutioni reliquae pecuniae, quibus si non paruisset emtor, pactus est, ut arram perderet, et inemtae villae essent. Die statuto emtor testatus est, se pecuniam omnem reliquam paratum fuisse exsolvere, et sacculum cum pecunia signatorum signis obsignavit [24]), defuisse autem venditricem; posteriore autem die nomine fisci testato conventum emtorem, ne ante mulieri pecuniam exsolveret, quam

24) Besser mit Haloander: obsignasse

fisco satisfaceret. Quaesitum est, an fundi non sint in caussa, ut a venditrice vindicari debeant ex conventione venditoris? Respondit: secundum ea, quae proponerentur, non comisisse in legem venditionis emtorem.

Zwar hat man sich, um die Theorie der zweyten Partey zu retten, die Behauptungen erlaubt, daß in jenem Fragment das Wort vindicatio einen ganz allgemeinen Sinn habe, und auf jede, also auch auf eine Personal-Klage gehe [25]; oder, daß das: a venditrice vindicari nicht activ zu nehmen sey, sondern passiv, nämlich dahin, daß die Verkäuferin von dem Käufer belangt werden könne [26]. Allein die erste Auslegung ist gegen den notorischen Sprachgebrauch der Classiker; und die letzte hat gewiß die bedeutendsten Gründe gegen sich. Denn zuerst setzt sie allerley facta voraus, wovon das Fragment nichts sagt, nämlich daß erst die Tradition an den Verkäufer geschah (welche zur vindicatio des Käufers unentbehrlich war), und daß dann auf irgend eine Art die Sache in den Besitz der Verkäuferin zurückkehrte, über welchen letzten sonderbaren Umstand doch etwas zu sagen gewesen wäre. Ferner zeigen ja die Worte: ex conventione *venditoris*, daß hier (wie es auch der ganze Zusammenhang des

25) I. H. Boehmer a. a. O. 26) Musset p. 25.

Fragments mit sich bringt) nur von den Rechten die Rede war, worauf die Verkäuferin, wegen des, zu ihrem Vortheil geschlossenen Nebenvertrags Anspruch hatte. Es würde auch gewiß Niemand irgend eine Schwierigkeit in diesem Fragment gefunden haben, wenn wir nicht im Codex ein Rescript hätten, welches das Gegentheil zu sagen scheint. Es ist folgendes:

L. 3. C. de pactis inter emt. (4. 54.) Imp. Alexander A. Felici militi.

Qui ea lege praedium vendidit, ut, nisi reliquum pretium intra certum tempus restitutum esset, ad se reverteretur; si non precariam possessionem tradidit, rei vindicationem non habet, sed actionem ex vendito.

Allein das Kreuz dabey ist, daß ein gleich darauf folgendes Rescript desselben Kaisers wiederum das grade Gegentheil sagt.

L. 4. C. eod. Idem A. Iuliano:

Commissoriae venditionis legem exercere non potest, qui, post praestitutum pretii solvendi diem, non *vindicationem* rei eligere, sed usurarum pretii petitionem sequi maluit.

Die Anhänger der zweyten Partey haben nur zu oft gethan, als ob dieses zweyte Rescript gar nicht da wäre;

doch ließ man sich auch wohl auf Vereinigungsversuche ein. Der gewöhnlichste Ausweg war, man habe bey L. 3. cit. bloß verba obliqua, bey L. 4. cit. aber verba directa vorauszusetzen. Cujacius dagegen versuchte zwey Erklärungen. An dem einen Orte [27]) will er die L. 3. cit. vom strengen Recht verstehen, aber wegen L. 4. cit. doch, auf utilitas und fictiones gestützt, Vindicationen zulassen. An einem andern Orte aber [28]) behauptet er, daß wegen der L. 3. cit. bey der L. 4. cit. vorausgesetzt werden müsse, daß der Verkäufer den Besitz nur precario herausgegeben habe. Allein man kommt mit dem Allen wieder nicht weit, da nach der erwähnten L. 8 de lege commissor. (18. 3.) die Pandekten unbedingt dafür entscheiden, daß eine vindicatio des Verkäufers Statt finde, wenn der Käufer gegen die lex commissoria durch wirkliche mora fehlte. Unter eben dieser, namentlich ausgedrückten Voraussetzung gestattet nun auch grade die L. 4. C. cit. dem Verkäufer, sofern er seinem Recht nicht entsagte, die Eigenthumsklage. Dagegen enthält denn auch L. 3. C. cit. nichts, wenn man sie nur genauer betrachtet. Denn sie sagt durchaus nicht, wie es die L. 4. C. cit. thut, von welchem Fall eigentlich die Rede war, sondern entscheidet nur unbestimmt, daß in einem gewissen Fall, wo ein pac-

27) Comment. ad Tit. D. de R. V. ad L. 42. (opp. T. 7. p. 317.).

28) Ad Libr. 4. prior. Cod. ad L. 4. T. 54. (opp. T. 10. p. 1025.),

tum commissorium geschlossen war, ohne precaire Uebergabe der Sache von Seiten des Verkäufers keine vindicatio Statt finde. Nach den Grundsätzen der Auslegung unbestimmter Rescripte kommt hier mithin alles darauf an, ob sich Fälle denken lassen, wo die Entscheidung der L. 3. C. cit. paßt, ohne der L. 4. C. cit. Eintrag zu thun? Die Bejahung dieser Frage ist nun gar keinem Zweifel unterworfen. Man nehme nur diesen Fall: A. verkauft im Jahr 1780 ein Haus an B. auf Credit bis zum Jahr 1785, unter Vorbehalt der Verwirkung, wenn B. im Jahr 1785 nicht den Preis bezahle. In der Zwischenzeit fängt B. an, das Haus zu verwüsten. Hier hat nun A. keine vindicatio, weil die auflösende Bedingung noch nicht eingetreten ist, sondern nur die Contracts-Klage ad implendum, oder, wenn man will, auf Auflösung des Geschäfts der Untreue wegen, welche Personal-Klage ihm freylich nicht abgesprochen werden kann, da der, dem etwas unter einer Bedingung herauszugeben ist, ein Recht hat, während des Schwebens der Bedingung zu verlangen, daß der Promittent den Zustand der Hoffnung nicht störe [29]). Nur bey einer precaria possessio könnte hier dem A. eine Vindication zugestanden werden. — Wer zugibt, was man doch nothwendig zugeben muß, daß bey allen Rescrip-

29) L. 85. §. 7. de V. O. (4. 10.). (45. 1.) L. 5. C. de O. et A.

ten des Codex, welche den Fall nicht angeben, ein paßlicher Fall vorauszusetzen ist, der kann gegen jene Auslegung nichts einwenden; und damit sind alle Schwierigkeiten für diese ganze Lehre gehoben. Denn man zog die L. 3. C. cit., wie natürlich, analogisch auch auf die addictio in diem, und so war denn dieses unbestimmte Reskript am Ende an allem Unglück Schuld.

III.

Ueber die Vermuthung für die auflösende, und gegen die aufschiebende Bedingung.

Man hat bisher immer gesagt, daß im zweifelhaften Fall für die auflösende, und nicht für die aufschiebende Bedingung die Vermuthung streite, weil jedes Geschäft seiner Natur nach unbedingt sey. Zum Beweise jenes Satzes hat sich Glück [30]) auf einige Gesetze berufen, welche nur von der dotis datio reden [31]), und, verglichen mit einem, nicht von ihm erwähnten Fragment, welches von dem Versprechen der Brautgabe handelt [32]), durchaus nicht zu einer solchen allgemeinen Regel führen. Denn ihr Inhalt ist, bey geschehener Uebergabe der

30) Erl. der Pand. §. 337. a. not. 50.

31) L. 7. in fin. L. 8. de iure dot. (23. 3.) L. 1. §. 2. pro dote (41. 9.).

32) L. 4. §. 2. de pact. (2. 14.).

dos vor der Ehe werde der Bräutigam gleich Herr des Empfangenen; aber wenn ihm die dos bloß versprochen sey, so könne er sie erst nach eingegangener Ehe fordern. Daraus habe ich denn früher [33]) diese Regel gebildet: bey einem bloß bedingten Versprechen streite für die aufschiebende, bey einer bedingten Uebergabe für die auflösende Bedingung die Vermuthung. Allein dazu wollen wieder andere Gesetze nicht passen, welche in Betreff der lex commissoria und der addictio in diem die auflösende Bedingung unbeschränkt vermuthen, ohne zwischen Versprechen und Uebergabe zu unterscheiden [34]). Stellt man nun alle jene gesetzlichen Aeußerungen zusammen, so scheint mir darin folgender, sehr natürlicher Grundgedanke ausgedrückt zu seyn: Es gibt Geschäfte, wobey das Auflösende eben so natürlich ist, als das Aufschiebende, wie die lex commissoria; aber auf der andern Seite auch wieder Geschäfte, wobey das Verschieben des ersten Erwerbes mehr zu der Natur derselben paßt, wie bey der Aussetzung einer Brautgabe, da diese eigentlich nur zur Erleichterung der Ehelasten dienen soll. Bey Geschäften jener Art nun streitet stets die Vermuthung für die auflösende, und gegen die aufschiebende, bey Geschäften der letzten Art aber für

33) Mein Pand. Syst. §. 121.

34) L. 1. de lege commissor. (18. 3.) L. 2. §. 4. pro emtor. (41. 4.).

die aufschiebende Bedingung, diese Vermuthung möchte denn wieder durch eine andre entkräftet werden. Das Letzte geschieht nun, wenn zu dem Versprechen die Uebergabe hinzukommt, weil es ungewöhnlich ist, während des Schwebens einer aufschiebenden Bedingung das Geschäft gleich zu vollziehen.

Achtzehnte Abhandlung.

Ueber die rechtlichen Grundsätze bey Vertheilung der Gemeindesachen.

Die Gönnersche Schrift über Vertheilung der Gemeindeweiden [1]) ist von mir bald nach ihrem Erscheinen recensirt [2]). Diese Recension machte Anfangs einiges Aufsehen, und auch nachher bin ich oft darum angesprochen worden, sie mehr bekannt zu machen. Weil alle Recensionen halb absterben, wenn sie nicht mehr im Lese-Cirkel am Tageslicht gehalten werden, so gebe ich hiemit gern den freundschaftlichen Wünschen Andrer nach, und zwar um so lieber, als ich damit Gelegenheit erhalte, die Ansicht eines späteren Schriftstellers in einem Nachtrage zu prüfen, und dieß und jenes, was sich auf meine, unverändert ge-

1) Ueber Cultur und Vertheilung der Gemeindeweiden in rechtlicher und staatswirthschaftlicher Hinsicht. Eine Skizze vom Hofrath und Professor Gönner in Landshut. 1803. 8.

2) Jenaische Allg. Lit. Zeit. 1804. Nr. 241.

bliebenen Ansichten bezieht, noch deutlicher hervorzuheben. Jene Recension lautet so:

„Es ist in neueren Zeiten, seitdem die Cammeralisten so vielfältig auf Vertheilung der Gemeindeweiden gedrungen haben, fast keine Rechtsfrage praktisch so interessant geworden, als die, mit deren Erörterung sich der scharfsinnige Verfasser in vorliegender Abhandlung beschäftigt. Von den ältern Juristen hat Niemand, soviel Rec. weiß, sich ausführlich über jene Frage verbreitet. Entweder schwieg man da, wo grade der Ort zum Reden gewesen wäre, nämlich in der Lehre von den rebus universitatis, ganz davon, oder man erwähnte dieses Punkts bloß beyläufig unter dem Titel der Pandekten communi dividundo. Die erste ausführliche Abhandlung über diesen Gegenstand hat Hr. Runde (Beytr. zur Erläut. rechtlicher Gegenst. I. B. N. 1.) bey Gelegenheit eines wichtigen, der Göttingischen Facultät vorgelegten Rechtsfalls geliefert. Eine neue, zu wesentlich verschiedenen Resultaten führende Theorie erhielten wir später von Hrn. Krüll (Prüfung einzelner Theile des bürg. Rechts 2. B. N. 1.) Einen Mittelweg zwischen beyden, welcher auch schon von andern versucht ist (z. B. Thibaut Syst. des Pand. R. §. 201) wählt Hr. Gönner in der hier anzuzeigenden Abhandlung. Da durch diese drey verschiedenen Theorien die denkbaren Ansichten so ziemlich erschöpft sind, und nichts so sicher zu einer gründlichen Beurtheilung führt, als das

Entgegenstellen verschiedenartiger Meynungen: so erlauben wir es uns, die historische Darstellung und Prüfung jener drey sich so sehr unähnlichen Theorien hier mit einander zu verbinden.

Die erste Theorie, welche die, vom Göttingischen Spruch-Collegio einmüthig anerkannte Meynung enthält, reducirt sich auf folgende Hauptsätze: Das Eigenthum der Allmenden gehört der ganzen moralischen Person, deren Glieder auch nicht pro rata Eigenthümer davon sind, also nicht als Miteigenthümer auf Theilung dringen können. Eben so wenig kann die Theilung an sich, noch auch die Art der Theilung, durch Stimmenmehrheit beschlossen werden. Nirgend hat das gemeine positive Recht die Stimmenmehrheit zur Regel für jede gesellschaftliche Angelegenheit gemacht, und selbst da, wo sie im Allgemeinen angenommen ist, müssen alle Glieder übereinstimmen, wenn alle bey dem, was beschlossen werden soll, in gleichem Grade interessirt sind, wie dieß bey Veräußerung und Austheilung der Allmenden der Fall ist. Hier kommt also nach dem Grundsatz der L. 11. de R. I. (50. 17.) quod nostrum est, non desinit esse nostrum sine nostra voluntate auch der Widerspruch des Einzelnen in Betracht. Zwar läßt L. 3. D. quod cujuscunque universitatis nomine (3. 4.) bey der Wahl eines Syndikus die Majorität entscheiden, allein dieß ist nur eine singuläre Ausnahme, welche die Regel mehr bestätigt, als aufhebt. Zu solchen

Ausnahmen gehört auch das, was nach L. 19. ad municipalem (50. 1.) in einem Collegio Decurionum Statt fand, aber keineswegs angenommen war, um als Gesetz für alle Gemeinheiten zu gelten. Auch die Politik ist dem Princip der Stimmenmehrheit zuwider. Denn durch dasselbe wird ein Volksdespotismus begründet, welcher die wichtigste Stütze des Staats, nämlich die Sicherheit des Eigenthums, gradezu untergräbt. — Ist nun aber auf legale Art, durch einstimmige Uebereinkunft der Gemeindeglieder, die Theilung an sich beschlossen, und wird nicht auf gleiche Weise die Art der Theilung bestimmt: so läßt sich für die Theilung bisher von den Gemeindegliedern benutzter Gemeinweiden kein mehr vernünftiges Princip aufstellen, als, daß die Viehzahl, womit die gemeine Weide bis dahin betrieben werden durfte, bey der Vertheilung zum Maaßstab angenommen werden muß. — Da übrigens der Regent nicht Eigenthümer der Allmenden ist, aber demselben darüber die höchste Aufsicht und Obervormundschaft zusteht, so kann zwar bey einem Streit über Theilungen in der Regel kein landesherrlicher Machtspruch den Ausschlag geben; doch findet dann eine Ausnahme Statt, wenn nur etwa ein oder das andere Gemeindeglied seine, zur gemeinnützlichen Vertheilung der Allmende erforderliche, Einwilligung ohne erhebliche Ursache bloß eigenwillig verweigern sollte.

Fast in allen wesentlichen Rücksichten abweichend von diesen Ideen ist Krülls Theorie. Zwar ist auch er darin

einverstanden, daß die Gemeindegüter der moralischen Person gehören, und daß weder die Theilung selbst, noch die Art derselben, von dem Willen der Majorität abhängig sey. Allein die Uebereinstimmung zwischen beyden Schriftstellern liegt mehr in den Formeln, als den Rechtsbegriffen. Das Gesammteigenthum ist, nach Krülls Ideen, weil es doch den Gemeindegliedern zustehe, das Eigenthum aller Gemeindeglieder. Keiner hat, einzeln betrachtet, das ganze Eigenthum, aber jeder hat daran seinen Antheil, von welchem er individueller, wenn auch gleich nur idealer, Eigenthümer ist. In der Eigenschaft eines Miteigenthümers kann also jeder Einzelne nach L. 8. D. communi dividundo (10. 3.) seine rata fodern, und deswegen kommt auf die Größe der bisherigen Benutzung nichts an, vielmehr muß man (nach den Vordersätzen consequent) behaupten, daß jedem Gemeindegliede im Zweifel eine Virilportion gebühre.

Es war von Hrn. Gönners Scharfsinn zu erwarten, daß er an beyden, wie wir nachher zeigen werden, in Rücksicht der ersten Frage durchaus unhaltbaren, und widerrechtlichen Theorieen keinen Antheil nehmen konnte; nur wäre es freylich zu wünschen gewesen, daß er diesen wichtigen Gegenstand nicht in einer, wie es scheint, bloß flüchtig hingeworfenen Skizze abgehandelt, in Rücksicht der staatswirthschaftlichen Punkte sich nicht auf bloße Andeutungen eingeschränkt, und mehrere wichtige Rechtsfragen wenigstens

kurz entschieden hätte, z. B. die für seine Theorie äußerst bedeutende Frage: ob im Zweifel die Benutzung einer Gemeinweide von Seiten der Gemeindeglieder als precarium anzusehen sey, oder nicht? eine Frage, welche bis jetzt nur ein einziger Schriftsteller (v. Ende vermischte jur. Abh. 1. B. N. X.) mit einiger Ausführlichkeit berührte, ohne, wie es scheint, allen Genüge geleistet zu haben. Hr. Gönner unterscheidet nämlich, nach Vorausschickung einiger staatswirthschaftlichen Sätze (§. 2. 3.) folgende, bey Vertheilung der Gemeindeweiden in Betracht kommende Rücksichten: I. Aeußere Verhältnisse (§. 6—11). In diesem Betracht sind zwey Fälle möglich, nämlich daß die Gemeine mit andern das Eigenthum des Huthplatzes hat, oder daß Auswärtigen eine Dienstbarkeit daran zusteht. Im ersten Fall kann nach den Grundsätzen von der communio die Theilung stets gefodert werden, und die Größe der Einschüsse, oder der bisherigen Benutzung gibt den Maaßstab für die Größe der Portionen. Im letzten Fall hingegen kann entweder die Servitut mit der Vertheilung und neuen Cultur bestehen, oder nicht. Ist jenes, so wird sie erhalten, wie sie war; ist aber dieses, so bleibt nach L. 9. D. de serv. (8. 1.) nichts weiter übrig, als einen solitären Distrikt für die Huth des Weideberechtigten auszumitteln, um denselben verhältnißmäßig zu entschädigen. Doch erhält der Weideberechtigte auch an diesem, ihm ausschließlich angewiesenen Platz nur eine Dienstbarkeit. II. In Rücksicht

der inneren Verhältnisse (§. 12—25) ist es Hauptgrundsatz, daß das Eigenthum der Gemeindegüter nicht dem Regenten, sondern der Gemeine, und zwar als einer juristischen Einheit, gehört, also mit Ausschluß der distributiven Einheit. Der Einzelne hat mithin pro rata keine Rechte, wie dieß auch der Zweck einer Universitas, welcher auf eine daurende Vereinbarung gerichtet ist, schlechterdings erfodert. Werden nun aber Verfügungen über Gemeindesachen getroffen, so können diese entweder 1) nur die Verwaltung derselben betreffen. Dann entscheidet der Wille der Majorität, doch kann, wenn dabey Mißbräuche vorfallen, der Regent vermöge der ihm zustehenden Polizeygewalt Einrede thun. Geschieht aber 2) die Cultur durch Theilung, so entscheidet über die Frage: ob getheilt werden soll, die Stimmenmehrheit, und es sind eben so wenig Unanimia erforderlich, als dem Einzelnen die Befugniß zugestanden werden kann, wider den Willen der Majorität auf Auswerfung seiner rata zu dringen. Ist aber die Theilung einmal beschlossen, so liegt darin der Beschluß einer Veräußerung zu Zwecken, und es soll danach die Uebertragung an Einzelne an die Stelle des bisherigen Gesammteigenthums treten. Jeder, er sey Gemeindeglied oder nicht, welcher bisher nicht bittweise Rechte an dem Gemeindegut ausübte, kann dann einen verhältnißmäßigen Antheil nach Maaßgabe der Größe seiner Berechtigung fodern. Ist ihm dieser angewiesen, so erhält er daran ein privatives Eigenthum, jedoch

nur als unzertrennbares Zubehör derjenigen Sache, welcher das Recht des Mitgenusses anklebte. — Zum Beschluß (§. 26. bis 32.) folgen dann noch einige Bemerkungen darüber, daß Theilungssachen Justizsachen sind, so wie über die Verfahrungsart bey Abfassung eines Schlusses über die Theilung, und die Art der Auseinandersetzung; auch hat der Verf. noch am Ende die kurbaierische Verordnung vom 25. Febr. 1803 angehängt.

Vergleichen wir diese drey Theorien mit einander, so leidet es wohl keinen Zweifel, daß in Rücksicht der Frage: wer die Theilung einer Gemeindesache beschließen und durchsetzen könne, die Gönnersche Theorie durchaus jenen beyden ersten Meynungen vorgezogen werden muß. Gemeinheiten werden im Staat zu einem immerwährenden Zweck constituirt, und dürfen das Princip der sofortigen Zerstörbarkeit nicht in sich führen, wenn der Staat nicht mit sich selbst in Widerspruch gerathen, und mit der einen Hand nehmen will, was er mit der andern gegeben hat. Völlige Eintracht bey einer Mehrheit von Personen ist in der Regel undenkbar. Hätte daher bey Verhandlungen einer Gemeinheit die Stimme des Einzelnen entscheidendes Gewicht; müßten nach Hrn. Runde's Ideen in der Regel alle Glieder zusammenstimmen, oder könnten, nach Hrn. Krüll's Behauptung, Einzelne durch ihren Willen für sich etwas erzwingen: so wäre jede entscheidende Verhandlung, oder die Dauer einer Gemeinheit, eine reine Unmöglichkeit. Das positive Recht

muß hier also nothwendig durchgreifen, und durch Sanctionirung des Princips der Stimmenmehrheit den Gemeinheiten die Möglichkeit ihrer Fortdauer zusichern. Geschieht dieß, so darf man darin nichts widernatürliches finden, so wenig als die Gestattung eines Volksdespotismus. Denn es liegt darin nichts, als die Fähigmachung einer Person, ohne Zerstörung ihrer Existenz über das Ihrige frey zu schalten, und dieß ist doch wohl die erste Bedingung jeder vernünftigen Rechtsverfassung. Es bleibt also nur die historische Frage übrig, ob das Römische Recht das Princip der Stimmenmehrheit anerkenne. Da das Römische Recht selten Machtsprüche, und fast überall nur die freye Anwendung allgemeiner Grundsätze auf concrete Fälle enthält, woraus wir uns die Regel abstrahiren müssen: so scheinen schon jene besondern Entscheidungen, welche Hr. Runde nur als Singularien angesehen wissen will, hinlänglich zu seyn, um uns durch Abstraction zu dem Princip der Stimmenmehrheit zu führen. Denn warum sollte der Römer nur grade in Rücksicht der, oft äußerst wichtigen, Wahl eines Syndici, und bey Verhandlungen der Decurionen dieses Princip angenommen haben? Allein die Gesetze sind hier nicht so dürftig, als man vorgibt. Denn L. 5. C. de legationibus (10. 63.) räumt überhaupt in Sachen der Provinzialen der Stimmenmehrheit das Recht der Entscheidung ein, und L. 160. §. 1. D. de R. I. (50. 17.) also grade ein Fragment aus einem Titel, welcher allgemeine Rechtsregeln enthalten sollte, stellt

es unbedingt als Grundsatz auf: refertur ad omnes, quod publice fit per maiorem partem. Zwar wendet Hr. Runde (§. 14.) ein, in dem Fragment sey „die Rede von demjenigen, was schon vom größeren Theil ohne Widerspruch des geringeren geschehen sey, nicht aber von dem, was die Majorität erst noch gegen allen Widerspruch der Minorität durchsetzen wolle.“ Allein wer fühlt hier nicht das Erzwungene des Raisonnements? Ist nicht das Gesetz unbedingt allgemein? findet sich darin auch nur eine leise Andeutung auf jene Supposition? und wenn die Minorität nachher den Entschluß der Majorität nicht umwerfen kann, woher soll denn das Gewicht der Minorität kommen, wenn sie vor dem förmlichen Beschluß der Majorität widerstreitet?

Ist nun einmal das Princip der Stimmenmehrheit sanctionirt, so entspringen daraus äußerst feine und fruchtbare Rechtsbegriffe, welche durchaus von allen Grundsätzen über die Communio temporärer Gesellschaften (societatum) abweichen. Denn der Wille ist das eigentliche Subject jedes Rechts, weil die Möglichkeit einer Willenshandlung das Object desselben ist. Der Wille der Majorität ist mithin das Subject der Gemeinderechte, und die Mitglieder der Gemeine concurriren nur, um dieses rechtliche Subject der Gemeinderechte durch ihre Stimmen zu bilden. Der Einzelne, dessen Widerspruch, für sich betrachtet, bey Bildung eines Schlusses durch Stimmenmehrheit gar nicht berücksichtigt wird, verliert sich also unter dem Ganzen. Auf diese

Weise entsteht das Cardinal-Princip für die ganze Lehre von den Gemeindesachen, welches das Römische Recht [3]) so bestimmt aufstellt, nämlich daß das einzelne Gemeindeglied an den Rechten und Verbindlichkeiten der Gemeinheit pro rata gar keinen Antheil hat. Die Pandekten stellen uns selbst mehrere wichtige Folgen dieses Princips auf, indem sie vorschreiben, daß der Freygelassene einer Gemeinheit die einzelnen Glieder derselben nicht als seine Patronen anzuerkennen brauche, daß ein Collegium eines seiner Glieder zum Vormund bestellen könne, und daß es nicht als Restitution eines Fideicommisses an den Fiduciar selbst anzusehen sey, wenn eine Gemeinheit einzelnen Personen aus ihrer Mitte ein Fideicommiß restituire [4]). Aus eben den Gründen muß man denn auch mit vielen unsrer neueren Juristen behaupten, daß z. B. einzelne Gemeindeglieder eine Gemeinesache nicht pro rata vom dritten Besitzer abfodern können; daß die Execution wider eine Gemeinheit bloß auf das Vermögen derselben zu richten ist; daß der ausgetretene Bürger nicht zur Bezahlung der Stadtschulden beyträgt; daß abgerissene Bauerhöfe die Weiden der Dorfschaft, wozu sie sonst gehörten, nicht weiter benutzen dürfen; daß Syndicate nicht auf de Erben der Gemeindeglieder zu richten sind, auch

3) L. 6. §. 1. D. de rer. div. (1. 8.) L. 7. §. 1. quod cujuscunque univ. nom. (3. 1.).

4) L. 10. §. 1. de injus voc. (2. 4.) L. 1. §. 1. de tutor. et curator. (26. 5.) L. 1. §. 15. ad Sen. Treb. (36. 1.).

nicht durch den Tod eines Theils der letzten erlöschen; daß die renunciatio litis einzelner Glieder ohne allen Einfluß ist, u. s. w. Ganz aus denselben Gründen darf denn auch bey Theilungen einer Allmende das einzelne Glied nicht pro rata als Theilhaber des Rechtes angesehen werden, und es ist eine offenbare Vermengung zwischen rebus universitatum und der communio, wenn in den erstgedachten beyden Theorieen der Beschluß der Gesammtheit von dem Willen des Einzelnen abhängig gemacht wird. Auch ist es höchst sonderbar, wenn Hr. Runde dem Regenten die Befugniß einräumt, den grundlosen Widerspruch Einzelner für nichtig zu erklären. Denn ist es Rechtsgrundsatz, daß die Theilung von der Einhelligkeit der Stimmen abhängt, so kann jene Nichtigkeitserklärung nur aus Polizeygründen geschehen, und insofern muß denn auch der Regent den Willen der Majorität zum Vortheil Einzelner vernichten können, wenn sich jener der, zum Staatsbesten erforderlichen Theilung aus eigenwilligen Gründen widersetzt. Nur dann kann der Widerspruch des Einzelnen rechtlich in Betracht kommen, wenn der Einzelne eine doppelte Person vorstellt, und als Einzelner unwiderrufliche Nutzungsrechte an der Sache erworben hat. Aber auch dann afficirt der Widerspruch nicht die beschlossene Theilung des Rechts, sondern nur die, nach der Theilung etwa erfolgende physische Umänderung der Sache, insofern dadurch das private Nutzungsrecht des Einzelnen leidet. Denn der Widerspruch

kann nicht weiter gehen, als das Interesse, daher z. B. die Inhaber einer Servitut der bloßen Theilung der Proprietät einer res communis auf keine Weise zu widersprechen befugt sind.

Die Theilung einer Gemeindesache kann also unleugbar durch Stimmenmehrheit beschlossen werden. Aber wie ist nach diesem Beschluß die Austheilung der Portionen zu bestimmen? Leider finden wir über diesen, bey weitem schwierigsten Punkt in allen jenen drey Abhandlungen wenig befriedigendes. Hr. Krüll wird auch hier wieder durch die Vermengung der Grundsätze über res communes und universitatis in die Irre geführt, und hat hiebey nur das Verdienst der Consequenz, welche ihn ganz natürlich auch abhielt, darauf, ob der Einzelne die Sache bisher benutzt habe, oder nicht, einiges Gewicht zu legen. Unser Verf. stimmt nun zwar mit Hrn. Runde in dem mehr scheinbaren Princip überein, daß die Größe der Portionen sich nach der Größe der bisherigen Nutzungsrechte richte; allein nirgend entdecken wir einen Rechtsgrund für dieses Princip, und sehen uns dabey noch in der Verlegenheit, daß uns gänzlich eine Norm für den Fall gebricht, wenn der Gegenstand der Theilung, wie es oft genug der Fall seyn kann, von den einzelnen Gemeindegliedern bisher nicht benutzt war. Denn wo soll der Grund liegen, daß ein Recht auf mehr Anspruch gibt, als die Natur desselben enthält; daß Rechte, welche gewissermaßen nur die Oberfläche berühren, einen Anspruch

auf die ganze Substanz ertheilen sollen? Man nehme den Fall, eine Stadt hat Ackerländereyen, welche sie bisher dritten Personen unentgeltlich überließ. Einige Bürger hatten sich das Recht der Nachhuth ausgewirkt. Wo liegt nun der Grund, daß diesen Bürgern nach beschlossener Theilung die ganze Proprietät zufallen sollte? Ihr Nutzungsrecht gibt ihnen keine weitere Befugniß, als, die ungekränkte Dauer desselben zu verlangen, und was sie mehr gewinnen, muß ihnen durch einen reinen Act der Willkühr zufallen. Die Nutzungsrechte können folglich auch hier wiederum nichts zur Folge haben, als daß die einzelnen Berechtigten bey der Austheilung nicht in der Ausübung ihrer privativen Rechte gehindert werden. Dabey scheint uns Hr. G. in Rücksicht eines sehr wesentlichen Punktes noch mit sich selbst in Widerspruch zu stehen. Denn nach §. 10. soll der Auswärtige, welcher bey der Theilung auf ein bestimmtes Stück beschränkt wird, an diesem Stück kein Eigenthum, sondern nur eine Dienstbarkeit erlangen. Nach §. 21. sind aber auch die Nutznießer, welche nicht Gemeindeglieder sind, bey der Theilung zu einem Antheil berechtigt, und an diesem Antheil wird im §. 24. allen ein privatives Eigenthum zugeschrieben!

Nach unserm Dafürhalten müssen in Ansehung jener Frage zwey Hauptfälle unterschieden werden, nämlich erstlich, ob bey Beschließung der Theilung zugleich über die Art der Theilung durch Majorität etwas bestimmt wird,

oder zweytens, ob dieß nicht geschieht. Im ersten Fall bleibt es bey dem Beschluß, und es hängt im Ganzen lediglich von der Willkühr der Majorität ab, wie die Theile gemacht werden sollen, wenn nur die bisherigen Nutzungsrechte einzelner Personen ungekränkt bleiben. Denn eine Gemeine kann im Verhältniß zu dritten Personen willkührlich über ihre Güter verfügen, warum sollte sie es nicht auch im Verhältniß zu ihren Gliedern können, da diese nach L. 1. §. 15. D. ad Sct. Treb. (36. 1.) nur als dritte Personen anzusehen sind? Nur das läßt sich behaupten, daß der Regent, vermöge der ihm zustehenden Oberaufsicht, sich der Theilungsart widersetzen kann, wenn diese dem Staatsbesten widerstreitet, und vielleicht den Ruin der Gemeinheit mit sich führt. Allein nicht jede willkührliche, ungleiche Theilung ist von dieser Art. Man nehme den Fall, daß eine reiche Stadt Ländereyen an einem Fluß besitzt, welche, wenn sie der verarmten Classe gewisser Handwerker oder Fabrikanten angewiesen werden, zum Flor der Stadt sehr vieles beytragen können. Warum soll hier der legale Schluß der Majorität unverbindlich seyn? und woher will man den Widerspruch derer rechtfertigen, welche bey der Theilung nichts erhalten? Wir sehen dazu keinen Grund, und am wenigsten in der, wir möchten sagen leidigen Regel, daß der Einzelne durch seine Interesse überall zum Widerspruch berechtigt werde. Denn es läßt sich, wie gesagt, keine falschere Ansicht denken, als wenn man das einzelne Gemeinde-

glied in Rücksicht des Eigenthums an den Gemeindesachen als Mitinteressenten ansieht. Jeder Einzelne steht juristisch in dem reinen Verhältniß eines dritten Unberechtigten, und insofern kann denn auch demselben nach L. 19. D. ad exhibendum (10. 4.) gar kein rechtliches Interesse zugeschrieben werden.

Will hingegen die Majorität über die Art der Theilung nicht selbst eine Bestimmung treffen, sondern diese lieber dritten unpartheyischen Personen überlassen, so kommt zuförderst wohl nichts darauf an, ob die Theilung nur unbestimmt beschlossen war, oder bestimmt dahin, daß die Sache unter die Gemeindeglieder vertheilt werden solle. Denn bey der Auslegung ist überall auf den gewöhnlichen Wortsinn zu sehen, und bey den, im gemeinen Leben herrschenden Begriffen, welche den Gemeindegliedern die Gemeindesache zuzuschreiben pflegen, wird der Satz: die Sache soll getheilt werden, selten einen andern Sinn haben, als daß sie unter die Gemeindeglieder vertheilt werden soll. Der dritte Unparteyische, welcher hier zunächst auf den Sinn des Theilungsschlusses zu sehen hat, weil ja die Majorität selbst über die Art der Theilung nach Willkühr hätte verfügen können, wird also immer von der Hauptidee ausgehen müssen, daß er die Sache unter die Gemeindeglieder, ohne Verletzung des Statt findenden privativen Rechtes Einzelner vertheilen soll, und zwar so, als ob die Gemeindeglieder dritte Personen wären, weil sie in rechtlichem

Betracht wirklich so anzusehen sind. Allein welcher Maaßstab soll hier nun angenommen werden? Gewiß nicht nach der Größe der bisherigen Nutzungsrechte! Denn dieser Maaßstab ist, wie gesagt, weder erschöpfend für alle Fälle, noch auch rechtlichen Grundsätzen gemäß. Scheinbarer wäre es, wenn man die Größe der Lasten, welche jedes einzelne Gemeindeglied zu tragen hat, zur Norm annähme, da es ja allgemeine Rechtsregel ist, daß die Lasten sich nach den Vortheilen richten, und umgekehrt. Allein auch dieser Maaßstab würde den Knoten nur zerhauen. Denn der Einzelne hat bisher für seine größeren Zuschüsse auch größere Vortheile genossen, und jene können nicht, wie bey den Societätsvermögen, als ein, in der Masse liegender, eigenthümlicher Theil des Contribuirenden angesehen werden, weil hier der Einzelne keine rata hat. Höchstens läßt sich aus jenem Grundsatz nur so viel folgern, daß der einzelne, welcher durch die Theilung gewinnt, von nun an auch in eben der Maaße größere Lasten tragen muß. Es bleibt also im Zweifel nichts übrig, als das Ganze nach Kopftheilen zu vereinzelnen. Zwar darf man diesen Satz nicht mit Hrn. Krüll aus L. 8. D. commun. divid. (10. 3.) ableiten, da Gemeindeglieder keine Miteigenthümer sind; allein dennoch läßt er sich sehr wohl durch folgende Schlußfolge rechtfertigen: Jede propositio indefinita ist als allgemeiner Satz zu behandeln. Nach dieser bekannten hermeneutischen Regel enthält also der unbestimmte Satz, daß

die Sache unter die Gemeindeglieder vertheilt werden soll, zugleich den Satz, daß alle zur Theilung concurriren. Nun aber ist es eine ausgemachte Wahrheit, daß, wenn mehreren unbestimmt ein Gewinn angetragen wird, jeder im Zweifel einen Kopftheil verlangen kann. Niemand würde dieß in dem Fall leugnen, wenn eine Gemeinheit unbestimmt einer auswärtigen Gesellschaft etwas anböte. Es kann also auch hier nicht bestritten werden, da nach der gesetzlichen Ansicht Gemeindeglieder, einzeln betrachtet, in Betreff der Güter ihrer Corporation ganz die Stelle dritter Personen vertreten."

So weit der Inhalt der Recension! Bald nach Bekanntwerdung derselben erschien eine treffliche, ausführliche Abhandlung von Gaudlitz über Gemeindesachen [5]), welche so elegant und gründlich ist, daß man sie gern als eine Abhandlung von Haubold könnte gelten lassen. Der Verfasser derselben stimmt in allen Hauptansichten mit dem überein, was die obige Recension in Betreff der Natur der Gemeindesachen sagt, und führt eine ganze Reihe der Sätze, welche jene Recension nur andeutet, sehr gelehrt aus. Allein in Ansehung der Vertheilung der Gemeindesachen stimmt er nur darin mit mir überein, daß die Theilung selbst durch die Majorität beschlossen werden könne.

5) I. L. Gaudlitz de finibus inter ius singulorum et universitatis regundis. Lips. 1801. 4.

Im Uebrigen meynt er: es sey nicht zutreffend, wenn ich sage, daß aus den bisherigen Nutzungsrechten nur die Unverletzlichkeit dieser Nutzungsrechte folge, indem ja grade bey solchen Austheilungen immer der Zweck sey, die Nutzungsrechte aufzuheben, und ihnen abgeschiedene Proprietäts-Rechte zu substituiren. Man müsse also den Hauptgrundsatz so stellen: Divisionem agrorum compascuorum a maiore universitatis parte, invitis singulis, recte decerni, nisi his e novo opere peculiare damnum immineat; decretam vero tum pro pecoris pascendi numero, quatenus definitus est, tum pro modo fundorum, quos quisque intra confinia universitatis possideat, esse instituendam [6]).

Ich erinnere dagegen kurz dieses. Wenn eine Gemeinheit die Vertheilung ihrer Ländereyen beschließt, so ist damit freylich ausgedrückt, daß der bisherige gemeine Gebrauch aufhören, und der Einzelne mit einer ausschließlichen Proprietät abgefunden werden soll. Allein bey der Frage: wie groß muß dieser Theil der Proprietät seyn? kann — welches ich nach wie vor behaupte — die Größe bisheriger Nutzungsrechte an sich kein entscheidendes Princip seyn. Denn durch das Nutzungsrecht ist man noch nicht zur Proprietät berechtigt; daher auch, wenn das Haus des A. an B. zu ⅛, an C. zu ⅝, und an D. zu

6) Diss. cit. p. 54.

⅞ vermiethet wäre, und nun A. das Eigenthum des Hauses unbestimmt an B. C. D. vermachte, der Richter ohne allen Zweifel die Proprietät nach gleichen Theilen unter B. C. D. vertheilen müßte. Das Einzige, was juristisch nach der Billigkeit behauptet werden kann, wenn Jemand gegen Aufgebung seiner Nutzungsrechte sich einen Theil der Proprietät bedingt, ist, daß ihm so viel Proprietät zu geben ist, als der Werth des Nutzungsrechtes beträgt. Nun räume ich freylich ein, daß es Fälle geben kann, da der Dritte, dem eine Gemeinheit die Vertheilung ihrer Ländereyen unbestimmt überträgt, bloß nach Maaßgabe der bisherigen Nutzungsrechte die Größe der Portionen einzurichten hat, nämlich wenn die bisherigen Nutzungsrechte anerkannt gerecht nach den Bedürfnissen der einzelnen Gemeindeglieder vertheilt waren, wenn alle daran Theil nahmen, und friedlich die Theilung beschlossen ward. Allein wenn dann der Dritte die Portionen auf jene Art bestimmt, so thut er im Grunde nichts andres, als daß er dem stillschweigenden Willen der Gemeinheit nachgeht; und daß dieß geschehen könne und müsse, habe ich ja selbst zugegeben. Wie selten werden aber solche Fälle seyn? Wie oft wird sich nicht finden, daß die bisherigen, noch dazu precairen, also im Grunde zu nichts berechtigenden Nutzungsrechte ungerecht vertheilt, daß einzelne verdiente Gemeindeglieder ganz davon ausgeschlossen waren, oder daß die Grundstücke öde da lagen, und bisher

von Niemand benutzt wurden! In solchen Fällen läßt sich nun durchaus nicht behaupten, daß im Geist des unbestimmten Theilungsbeschlusses das Princip der Theilung nach der Größe der bisherigen Nutzungsrechte liege, und wenn der erwählte Schiedsrichter hier theilen will, ohne von der Gemeinheit Instructionen einzuholen, so ist er eben so auf das kahle strenge Princip der Kopftheilung zurückgeworfen, als bey einem Testament, worin der Testator Gute und Schlechte, Reiche und Arme indefinite zu Erben berief. Die Theilung pro modo fundorum, quos quisque intra confinia universitatis possideat ist aber gewiß ganz so ohne allen eigentlichen Rechtsgrund, als wenn in dem eben erwähnten Testaments-Fall der Richter dem Reichen um so viel mehr von der Masse zutheilte, als er reicher ist, wie der Arme.

Ich denke diesem Allen zufolge so. Man warne jede Gemeinheit gegen den unüberlegten Schritt, daß sie die Theilung beschließt, und ohne nähere Instruction die Art der Theilung unbestimmt dritten Personen überläßt, oder gar auswärtigen Facultäten, welche die Lage der Gemeinheit und ihre Bedürfnisse zu übersehen außer Stande sind. Die Gemeinheit theile vielmehr selbst. Sie suche sich erst mit denen zu setzen, welche unwiderrufliche Nutzungsrechte haben, und insofern bey ihren Einsprüchen sich auf iura quaesita berufen können. Dann theile sie im Uebrigen mit Weisheit nach eignen Einsichten, und wenn die zur Nutzung Berech-

tigten sich unbillige Weigerungen erlauben, so bediene sie sich des Arms des Regenten, dem es ja auch in solchen, gewöhnlich für das Ganze so höchst wichtigen Angelegenheiten unverwehrt ist, des öffentlichen Wohls wegen in die Rechte der Einzelnen einzugreifen, und alles zum Zweck des Staatsbestens einzurichten. Nur durch diese Vereinigung eines weisen Gemeindewillens mit der Macht des Regenten wird sich in solchen Angelegenheiten ein gerechtes, billiges und zweckmäßiges Resultat erhalten lassen. Das schlaffe und feige conferre in arbitrium tertii ist dagegen im höchsten Grade gefährlich. Es wirft alles auf bloße Rechtsgrundsätze, deren Anwendung häufig eben so unbillig und verderblich seyn wird, als die Kopftheilung bey einer heredis institutio indefinita; und da hat es sich denn der Committent selbst beyzumessen, wenn ihn das Schwerdt trifft, welches seine eigne Unvernunft dem Schiedsrichter in die Hand gab.

Wenn übrigens neuerlich auch von Glück [7]) behauptet ist, daß bey Vertheilung einer Gemeindesache Kopftheile gemacht werden müßten, und wenn er sich zu dem Ende auf Krülls Abhandlung, und mein Pandekten-System beruft, so muß ich mich insofern dagegen verwahren, als sein Entscheidungsgrund dahin lautet: „da jedes Mitglied unstreitig ein gleiches Recht an der Gemeindeweide hat.“

7) Erl. der Pand. 10. B. §. 681. S. 189. 190.

Ich behaupte dagegen: das einzelne Gemeindeglied hat als solches an der Proprietät der Gemeindesachen gar keinen Theil, und kann insofern nichts davon verlangen. Ansprüche bekommt es nur dadurch, daß ihm die Gemeinde etwas davon zusagt; und wenn diese Zusage indefinite allen Gemeindegliedern geschehen ist, so haben dieser Zusage wegen die Gemeindeglieder ein Recht, gewisse Zutheilungen zu verlangen, und zwar, wenn die Zusage unbestimmt war, eben der Unbestimmtheit wegen, pro rata nach den Köpfen. Der Grund und Mechanismus ist hier gar kein andrer, und ganz derselbe, als wenn die Gemeinde A. den Mitgliedern der Gemeinde B. unbestimmt ein Grundstück zur Vertheilung schenkte. Das Theilungs-Princip wäre dann auch nicht in früheren iuribus singulorum, sondern in den, erst jetzt erworbenen Ansprüchen Aller zu suchen.

Neunzehnte Abhandlung.

Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland.

Vor einiger Zeit gab ich eine kleine Flugschrift heraus, welche die Rubrik dieser Abhandlung als Titel führt, und durch folgende Vorrede begleitet ist:

„Ich habe kürzlich in einer Recension (Heidelberg. Jahrb. 1814. S. 1—32.) über die Nothwendigkeit allgemeiner Deutscher bürgerlicher Gesetze beyläufig manches geäußert, was achtungswerthe Männer veranlaßte, mich aufzufordern, in einer besondern Abhandlung diesen wichtigen Gegenstand sorgfältiger zu entwickeln. So ungern ich nun auch in dem leicht verrinnenden Strom der Flugschriften etwas von dem Meinigen sehe, und so wenig ich auch Ursach habe, zu glauben, daß man auf meine Stimme sonderlich achten werde; so schien mir doch der jetzige wichtige Augenblick von der Art zu seyn, daß Schüchternheit

und Zurückgezogenheit nicht zu dem Drange der Umstände passen möchten, daß vielmehr jeder nachdenkende Mann für das Gute und Große laut zu reden habe, insofern irgend gehofft werden kann, durch einen ersten Anstoß viele Kräfte in das Leben hervor zu rufen. Nur durch diese Rücksicht veranlaßt, entwarf ich die folgenden Zeilen. Sie können leicht Staatsmännern und Gelehrten mißfallen, und dagegen werde ich nichts einwenden. Aber den Ruhm lasse ich mir nicht rauben, daß ich als warmer Freund meines Vaterlandes geredet habe; und in diesen Gesinnungen werde ich nie einem Andern nachstehen."

„Uebrigens ist keine Zeile der folgenden Blätter durch irgend eine Empfindlichkeit veranlaßt. Nie hat mich ein Staatsmann beleidigt, und in Beziehung auf meine Person sind mir verfehlte Wünsche so gut wie fremd. Das Glück gab mir mehr als ich verdiene; nie strebte ich nach Höherem; und meine Zufriedenheit wird ungetrübt bleiben, wenn auch ferner Niemand zwischen mich und die Sonne in die Mitte tritt."

So viel ich von allen Seiten vernehme, hat die Schrift vielen von denen gefallen, um deren Beyfall es mir besonders zu thun war, d. h. Männern, welche warme Vaterlandsliebe zu schätzen wissen, die Bedürfnisse der Nation kennen, und das kräftige, freye Wort in Ehren halten, wenn es nicht leichtsinnig mit unerreichbaren Idealen spielt. Da kleine Schriften dieser Art gewöhnlich in kurzer Zeit

verloren gehen, und ich doch die längere Erhaltung derselben zu wünschen Ursach habe, so nehme ich sie hiemit in diese größere Schrift auf, mit einer ziemlichen Reihe von Zusätzen vermehrt, welche in mehrerer Hinsicht für meinen Hauptgedanken von Bedeutung sind. In der Gesellschaft exegetischer Abhandlungen über das Römische Recht wird denn diese Abhandlung auch den Lesern, welche sonst nichts von meinen Schriften kennen, zum Beweise dienen, daß ich dem Römischen Recht nicht deswegen abhold bin, weil ich gelehrte Nachforschungen über dasselbe gescheuet habe.

Deutschland hat jetzt durch Befreyung seines Bodens zwar seine Ehre gerettet, und sich die Möglichkeit einer glücklichen Zukunft errungen; allein es stehen der Erreichung eines auch nur mittelmäßigen Glücks noch so viele mögliche Hindernisse entgegen, daß man mit einer Art eigensinnigen Glaubens die Hoffnung festhalten muß, um nicht durch bange Ahndungen getroffen zu werden. Denn wie man auch die Deutschen im Gegensatz der Besiegten empor heben mag, immer bleibt es gewiß, daß ein Theil unsers Volks, besonders in den Höheren und Mittelständen, des Deutschen Namens unwürdig ist; daß unsre Beamten vielfach durch das feine Gift des Französischen Beyspiels und Einflusses verdorben wurden; daß Kleinlichkeit und beschränkter Eigennutz zum Theil auch den Besseren nicht

fremd sind, und daß so jetzt wieder sehr leicht geschehen könnte, was in stürmischen Zeiten nur zu leicht geschieht, nämlich daß die rechtlichen Männer nach unten gedrückt werden, oder sich mürrisch in eine schuldlose Unthätigkeit zurückziehen, daß der Hefen der Nation sich nach oben drängt, und daß unsre Fürsten, schlecht berathen und geleitet, auch mit dem besten Willen nicht im Stande seyn werden, den Theil des Volks zu befriedigen, wegen dessen das Regieren allein Werth hat. Diese Möglichkeiten werden dadurch noch vermehrt, daß unter unsern kräftigen und rechtlichen Männern da und dort immer mehr eine überspannte Gutmüthigkeit empor kommt, welche das Unmögliche ungestüm fordert, sich in politischen und ästhetischen Träumereyen erschöpft, über dem Seichten das Tiefe vergißt, und so den beschränkten und verdorbenen Weltmännern der niederen Art die beste Gelegenheit gibt, mit scheinbar weiser Bedachtsamkeit alles Schlechte und Kleinliche vom Untergange zu retten. Auch stehen wir jetzt mehr, wie jemals, auf dem Punkt, daß uns die Schlauen, durch eine frische Erfahrung unterstützt, mit frohem Bedauren auf den Unsegen des Wechsels und der Neuerungen verweisen können.

So viel ist auf allen Fall schon jetzt entschieden, daß Deutschland nach wie vor den Vortheilen einer unbedingten Einheit zu entsagen hat, und sich in eine Reihe bloß äußerlich verbundener kleiner Staaten auflösen wird. Dar-

über zu klagen wäre wahrlich unüberlegt und ungerecht. Denn wenn man nicht die überspannte Forderung machen will, daß alle andern Völker, im unbedingten Vertrauen auf die Rechtlichkeit unsrer Regierung, alle menschlichen Nebenrücksichten dem Abstracten opfernd, bloß im Interesse der Deutschen handeln sollen, so erschient jene Vereinzelung und Zerstückelung als fast nothwendig; auch verspricht sie auf den möglichen Fall so viele bedeutende Vortheile, daß schwerlich ein Politiker im Stande seyn wird, zu beweisen, die volle Einheit nutze den Deutschen mehr, als jene Vereinzelung. Der Zustand großer Staaten ist immer eine Art unnatürlicher Spannung und Erschöpfung. Ein warmes Leben nur an Einem Punkt; ein einförmiges Streben nur zu Einem Ziele; ein stetes Unterdrücken des Individuellen, Mannigfaltigkeiten einer einzigen gemeinen Sache wegen; und im Grunde keine ganz innige Verbindung zwischen dem Regenten und Unterthanen! In einem Bunde kleiner Staaten hat dagegen die Eigenthümlichkeit des Einzelnen freyen Spielraum, das Mannigfaltige kann sich ins Unendliche ausbilden, und die Verbindung zwischen dem Volk und Regenten ist weit inniger und lebendiger. Auch lege man nicht zu viel Gewicht darauf, daß große einfache Staaten den kriegerischen Muth des Einzelnen besonders heben. Denn wenn ein kleines Volk sittlich erzogen, weise regiert, und seiner Verfassung geneigt gemacht ward, so hat es sich immer durch kriegerische Rüstigkeit und Kraft ganz vor-

züglich ausgezeichnet, und die überwiegende Macht großer Staaten lag dann immer nur in der Ueberzahl ihrer Streitenden. Ohnehin dürfen die Deutschen nicht vergessen, wie sehr jene Zersplitterung ihrem Charakter anpaßt, wenigstens wie jetzt die Nation sich ausgebildet hat. Ueberall widerstreitende Elemente, welche verbunden sich aufreiben könnten, aber neben einander gestellt sich wetteifernd zu dem Höheren treiben, und unendlich viel Mannigfaltiges, Eigenthümliches wecken und nähren werden! Mit diesem Reichthum des Mannigfaltigen werden die Deutschen stets einen ausgezeichneten Platz unter den Völkern behaupten, während leicht alles zur Plattheit und Stumpfheit herabsinken könnte, wenn es der allmächtigen Hand eines Einzigen gelänge, die Deutschen Völker zu einer vollen politischen Einheit zu stimmen.

Allein wenn man auch im Ganzen über jene Vereinzelungen getröstet ist, oder seyn muß, so darf doch nicht vergessen werden, daß dieser Zustand möglicher Weise die größten Gefahren droht, wenn unsre Regenten das Eigenthümliche ihrer Lage übersehen sollten; wenn sie die nothwendigen Uebel großer Staaten unbedachtsam nachahmten; wenn sie dem Volke durch eine sinnlose Hofpracht Achtung einzuflößen suchten, Statt sich dieselbe auf dem besseren Wege einer thätigen, milden, kräftigen Regierung zu verschaffen, und nur allein darauf ausgingen, ohne freundliche Verbindung mit den Nachbarstaaten die Erreichung

großer Zwecke kümmerlich durch die kleinen Mittel abgeschiedener eigner Kräfte zu versuchen. Grade von dieser Seite drohen uns aber unendliche Gefahren, und wenn unsre Fürsten den Einflüsterungen derer trauen, welche jetzt ihrer Stimme leicht das mehrste Gewicht geben könnten, so werden die rechtlichen und kräftigen Männer der Nation wenig Grund haben, mit heiterem Vertrauen der Zukunft entgegen zu sehen.

Es ist nicht meines Berufs, unsre künftigen politischen Verhältnisse von dieser Seite zu beleuchten; aber dazu bin ich lange genug thätiger Civilist gewesen, um ohne Unbescheidenheit in diesem großen, verhängnißvollen Augenblick meine Wünsche über unsre künftigen bürgerlichen Verhältnisse äußern zu dürfen. Und in der That ist dieß auch die Seite, welche am mehrsten hervorgehoben zu werden verdient. Denn in Beziehung auf politische Organisationen (z. B. die Nothwendigkeit ständischer Verfassung) ist schon so viel vorgearbeitet, daß die Wahl des Zweckmäßigen mehr nur noch von dem guten Willen, als der Anstrengung des Verstandes abhängt; aber in bürgerlicher, privatrechtlicher Hinsicht thut es Noth, daß über die frostigen herrschenden Ansichten ein warmer Hauch gehe, um das Erstarrte aufzulösen, und alles in das Leben hervorzurufen, was unter den Händen gewöhnlicher Staatskünstler wie eine todte Masse auf den heiligsten Verhältnissen des Bürgers lastet.

Mehrere Zeichen der Zeit zwingen mich fast, die folgenden Wünsche schnell zu äußern. Die Deutschen sind in dem letzten Jahre aus einem langen Schlummer erwacht. Alle Stände haben der guten Sache mit einer Kraft und Eintracht gedient, welche fast beyspiellos genannt werden kann, und unsre Fürsten haben ein Uebermaaß von Gründen erhalten, um sich zu überzeugen, daß die Deutschen ein edles, kräftiges, hochherziges Volk sind, welches nicht bloß auf die Gerechtigkeit, sondern auch auf die Dankbarkeit seiner Regierungen lauten Anspruch machen darf, also auch darauf, daß man diesen herrlichen Augenblick benutze, um endlich alte Mißbräuche zu zerstören, und durch neue weise bürgerliche Einrichtungen das Glück des Einzelnen fest zu begründen. Aber grade in diesem Augenblick, und nachdem die zahllosen Gebrechen unsrer früheren bürgerlichen Verfassung von vielen unsrer ersten Rechtsgelehrten längst anerkannt waren, grade in diesem Augenblick hat man an vielen Orten nichts eiliger zu thun gehabt, als das krause Gemisch des alten Wirrwarrs gegen das eingeführte neueste Recht mit einem schneidenden Machtwort wieder herzustellen, jeden kleinen Staat zu organisiren, als ob er mit der ganzen Welt durch keinen Faden zusammen hänge, und den kleinen eignen Kräften unbesorgt das Unglaubliche zuzutrauen. Die Theorie ist dabey denn auch nicht müßig geblieben, und aus dem Munde eines geistvollen, edeln Schriftstellers haben wir laut ver-

nehmen müssen, daß es genüge, wenn man den Deutschen zu seinen alten Gewohnheiten zurückführe, und sich allenfalls da und dort eine Besserung im Einzelnen vorbehalte.

Ich bin dagegen der Meynung, daß unser bürgerliches Recht (worunter ich hier stets das Privat- und Criminal-Recht, und den Proceß verstehen werde) eine gänzliche schnelle Umänderung bedarf, und daß die Deutschen nicht anders in ihren bürgerlichen Verhältnissen glücklich werden können, als wenn alle Deutschen Regierungen mit vereinten Kräften die Abfassung eines, der Willkühr der einzelnen Regierungen entzogenen, für ganz Deutschland erlassenen Gesetzbuchs zu bewirken suchen.

Man kann und muß an jede Gesetzgebung zwey Forderungen machen: daß sie formell und materiell vollkommen sey; also daß sie ihre Bestimmungen klar, unzweydeutig und erschöpfend aufstelle, und daß sie die bürgerlichen Einrichtungen weise und zweckmäßig, ganz nach den Bedürfnissen der Unterthanen, anordne. Leider gibt es aber kein einziges Deutsches Reichsland, wo auch nur Eine dieser Forderungen halb befriedigt ist. Unsre altdeutschen Gesetzbücher, deren es in vielen Ländern noch wieder ein buntes Allerley gibt, sprechen wohl da und dort den einfachen germanischen Sinn kräftig aus, und ließen sich insofern für einzelne Rechtsfragen bey einer neuen Gesetzgebung sehr gut benutzen. Allein daß sie häufig den Bedürfnissen unsrer Zeit nicht entsprechen, überall die Spuren

alter Rohheit und Kurzsichtigkeit an sich tragen, und in keinem Fall als allgemeine, umfassende Gesetzbücher gelten können, darüber war und ist unter den Kennern nur Eine Stimme. Was sich sonst noch von einheimischen Partikular-Gesetzen an sie schließt — die landesherrlichen Verordnungen, — hat zwar häufig über diese oder jene einzelne Einrichtung etwas Gutes nachgetragen; aber alles ist doch in der Regel ein furchtsames Bessern im Kleinen, und die ganze verwirrte Masse wird mehrentheils durch sich selbst erdrückt. Von unsern alten durchsichtigen Reichsgesetzen läßt sich höchstens nur behaupten, daß sie wenige zweckmäßige Anordnungen, z. B. für Vormundschaften und den Proceß enthalten; aber eigentliche Gesetzbücher sind sie nicht, die einzige Carolina abgerechnet, deren Unzweckmäßigkeit für die jetzige Zeit so anerkannt ist, daß selbst die Freunde des Unwandelbaren die unbedingte Nothwendigkeit neuer Criminal-Gesetze zugeben mußten. So ist also unser ganzes einheimisches Recht ein endloser Wust einander widerstreitender, vernichtender, buntschäckiger Bestimmungen, ganz dazu geartet, die Deutschen von einander zu trennen, und den Richtern und Anwälden die gründliche Kenntniß des Rechts unmöglich zu machen. Aber auch eine vollendete Kenntniß dieses chaotischen Allerley führt nicht weit. Denn unser ganzes einheimisches Recht ist so unvollständig und leer, daß von hundert Rechtsfragen immer wenigstens neunzig aus den recipirten fremden Gesetzbüchern, dem Kanonischen

und Römischen Recht, entschieden werden müssen. Grade hier erreicht aber das Ungemach den höchsten Gipfel. Das Kanonische Recht, so weit es nicht auf die Katholische Kirchenverfassung, sondern auf andre bürgerliche Einrichtungen geht, ist nicht des Nennens werth; ein Haufen dunkler, verstümmelter, unvollständiger Bestimmungen, zum Theil durch schlechte Ansichten der alten Ausleger des Römischen Rechts veranlaßt, und so despotisch in Ansehung des Einflusses der geistlichen Macht auf weltliche Angelegenheiten, daß kein weiser Regent sich ganz demselben fügen kann. Die letzte und hauptsächlichste Rechtsquelle bleibt daher für uns das Römische Gesetzbuch, also das Werk einer uns sehr ungleichen fremden Nation aus der Periode des tiefsten Verfalls derselben, die Spuren dieses Verfalls auf jeder Seite an sich tragend! Man muß ganz in leidenschaftlicher Einseitigkeit verfangen seyn, wenn man die Deutschen wegen der Annahme dieses mißrathenen Werkes glücklich preist, und dessen fernere Beybehaltung im Ernst anempfiehlt. Unendlich vollständig ist es zwar, aber etwa in eben dem Sinne, wie man die Deutschen unendlich reich nennen kann, weil ihnen alle Schätze unter ihrem Boden bis zum Mittelpunkt der Erde gehören. Wenn sich nur alles ohne Kosten ausgraben ließe: da liegt die leidige Schwierigkeit! Und so denn auch bey dem Römischen Recht! Es läßt sich nicht bezweifeln, daß tief gelehrte, scharfsinnige, unermüdete Juristen über jede Theorie

etwas Erschöpfendes aus den zerrissenen Fragmenten dieses Gesetzbuchs zusammentragen können, und daß wir vielleicht nach tausend Jahren so glücklich sind, über jede der tausend wichtigen Lehren, welche noch zur Zeit im Dunkeln liegen, ein classisches, erschöpfendes Werk zu erhalten. Allein den Unterthanen liegt nichts daran, daß gute Ideen sicher in gedruckten Werken aufbewahrt werden, sondern daß das Recht lebendig in den Köpfen der Richter und Anwälde wohne, und das es diesen möglich sey, sich umfassende Rechtskenntnisse zu erwerben. Dieß wird aber bey dem Römischen Recht stets unmöglich bleiben. Die ganze Compilation ist zu dunkel, zu flüchtig gearbeitet, und der wahre Schlüssel dazu wird uns ewig fehlen. Denn wir besitzen nicht die Römischen Volks-Ideen, welche den Römern unendlich vieles leicht verständlich machen mußten, was uns ein Räthsel ist; etwa wie neuerlich viele seichte Französische Juristen mit Leichtigkeit den Code von der rechten Seite ansahen, wo die Deutsche Gründlichkeit mit schwerfälliger Arbeit immer das Ziel verfehlte. Wir müssen folglich überall auf einen tüchtigen gelehrten Apparat bedacht seyn, und da werden denn, bey der Mannigfaltigkeit und Dürftigkeit der historischen Quellen, die Erörterungen so weitschichtig, verwickelt, und mehrentheils so gewagt, daß kein Practiker im Stande ist, sich die entdeckten Schätze gehörig anzueignen. Gibt es doch sogar keinen Professor der Pandekten in ganz Deutschland, welcher sich

nachrühmen könnte, daß es ihm möglich gewesen sey, alle einzelnen Lehren seines beschränkten Fachs historisch-dogmatisch aus den Quellen zu studieren, oder vollständig zu durchdenken. Aber laßt uns auch nur noch offenherzig gestehen: daß Römische Recht wird nie zur vollen Klarheit und Gewißheit erhoben werden. Denn die Erklärungsquellen fehlen uns bey jeder Gelegenheit, und der ganze Wust jämmerlich zerstückelter Fragmente führt in ein solches Labyrinth gewagter, schwankender Voraussetzungen, daß der Ausleger selten einen ganz festen Boden gewinnen kann, der nächste beste Ausleger also immer wieder angelockt wird, neue Ideen zu versuchen, und die bisherigen umzuwerfen. Wir haben ja darüber recht grüne Erfahrungen an einigen neueren trefflichen Werken, welche schwerlich so bald wieder ihres Gleichen finden werden, und doch auf der Stelle den lebhaftesten Angriffen ausgesetzt waren, ohne sich in der gemeinen Meynung eines vollständigen Sieges erfreuen zu können. Was aber vor Allem dem Römischen Recht entgegensteht, ist die innere Schlechtigkeit seiner mehrsten Bestimmungen, besonders in Beziehung auf Deutschland. Zwar hat Leibnitz durch seine fast leidenschaftlichen Aeußerungen über das Genie der Römischen Juristen ein heiliges Staunen bey Vielen veranlaßt; allein jene Aeußerungen gingen mehr nur auf das Formelle, und beziehen sich keineswegs auf das ganze Gesetzbuch. In jener Hinsicht sind sie freylich wahr, treffen aber auch insofern nicht

das vorhin Gesagte. Denn alles, was man den classischen Juristen zugestehen kann und muß, ist eine hohe Consequenz, und eine ungemeine Leichtigkeit in der Anwendung allgemeiner positiver Rechtssätze auf die feinsten, verwickeltsten Einzelnheiten. Allein zu leugnen ist es auch nicht, daß sie später immer mehr in eine schwankende Billigkeit geriethen, und daß ihr Scharfsinn im Grunde der wahren Rechtsweisheit eben so viel schadete, als nutzte. Denn überall standen sie unter dem Zwange positiver Grundlagen aus der Periode der Barbarey, und da ward dann durch folgerechte Auslegung das Uebel nicht gemindert sondern gemehrt. So kann man z. B. die Theorie der Classiker über väterliche Gewalt und Erbrecht ein Meisterstück juristischer Consequenz und Zergliederungskunst nennen; aber man muß auch hinzusetzen: wehe der Nation, wo die Juristen dazu verurtheilt sind, an solchen rohen, einseitigen Grundlagen ihren Scharfsinn zu üben! Und was hilft uns auch alle Weisheit der Classiker, da ihre Ideen nicht rein auf uns gekommen sind; da die späteren Kaiserlichen Constitutionen fast jede einzelne Rechtslehre mißhandelt und verbildet haben; und da nun das Ganze als ein wahrhaft gräßliches Gemisch kluger und toller, consequenter und inconsequenter Bestimmungen vor uns liegt! Dieß trifft nicht bloß eine zahllose Menge kleiner Rechtssätze, sondern große Rechtsmassen, welche als die Grundsteine des ganzen bürgerlichen Rechts gelten können, namentlich die Lehre von der elterlichen Gewalt, der Sicher-

heit des Eigenthums, dem Hypotheken-Wesen, dem Erb-Recht, und der Verjährung.

Was eigentlich für Deutschland vom Römischen Recht unbedingten Werth hat, sind nur die, ich möchte sagen, exegetischen Theile desselben; aber im Grunde auch nur insofern, als sie zum Muster dienen können, keineswegs aber als Gesetze. Die große Masse seiner Erörterungen nämlich, welche in Beziehung auf den Sinn und Umfang der einzelnen Servituten, Legate, und Verträge in den Pandekten und dem Codex vorkommt, enthält einen Schatz geistvoller und scharfsinniger Erörterungen; aber im Ganzen doch nur in dem Sinn, daß gezeigt wird, was unter einem Römischen Worte nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch in allen möglichen Beziehungen zu verstehen sey. So lernen wir denn wohl, was usus, habitatio und supellex bey den Römern hieß; aber was nun unsre Worte: Gebrauch, Wohnung und Hausrath bezeichnen, darüber kann uns kein Römischer Classiker Aufschluß geben; und es hat daher unsrer juristischen Gewandheit und Eigenthümlichkeit unendlich geschadet, daß wir, unbekümmert um unsre Worte und die feinen Schattirungen unsrer Wortbedeutungen, alles nach den Römischen Entscheidungen maßen, grade als ob die juristischen Classiker der Römer auf die Anfragen Deutscher Bürger geantwortet hätten. Der eigentlich legislative Theil des Römischen Rechts paßt uns aber gar nicht an, auch

wo man ihn nicht grade schlecht, und dem Römischen Volksgeist gemäß nennen wollte. Der deutsche Sinn ist immer auf das Feste, Mäßige, Einfache gegangen; auf billige, sittliche, häusliche Verhältnisse; Gleichheit der Geschlechter; wohlwollende, achtungsvolle Behandlung der Weiber, besonders der Mütter und Wittwen; weise und kräftige Einwirkung der Obrigkeit in allen Verhältnissen, wo man ihrer bedarf; Einfachheit der Verpflichtungsarten, aber auch dagegen Sicherheit des Eigenthums und der Hypotheken durch wohlgeordnete, offenkundige Staatsanstalten. Ganz anders war der Geist des Römers. Ganze Massen des ältern Rechts lassen sich auf militairisch-republicanischen Mannstrotz, Stolz und Egoismus, und eine Art militairischer Steifheit und Pedanterey zurückführen. Daher diese unerhörte Despotie des Hausvaters; diese Entfernung aller mütterlichen Gewalt; diese harte Zurücksetzung der Weiber bey der Erbfolge; dieser fast gänzliche Mangel obrigkeitlicher Aufsicht bey Vormundschafts-Angelegenheiten; diese grenzenlose Neigung, alle Geschäfte in strutte Formeln einzukleiden, und die Verträge von allen Seiten einzuengen, während da, wo von der Sicherheit gegen Dritte, und von der Sicherheit Dritter die Rede ist, nirgend eine mitwirkende Staatsanstalt hülfreich erscheint. Unter den Kaisern ist an allen diesen und ähnlichen Dingen nun zwar vielfach herumgefeilt; aber eine wesentliche Umwandlung ist nie erfolgt, ja es ist später sogar manches noch verschlimmert, wie das Hypotheken-System;

und so hat denn die Deutsche Praxis sich damit begnügen müssen, da und dort noch ein Stückchen wegzustehlen, ohne je zu der Einfalt und Festigkeit zu gelangen, welche unserm Charakter allein anpaßt, und ohne unsre Eigenthümlichkeit frey ausbilden zu können. Unsre Hausväter haben noch immer zu viel Rechte; unsre Wittwen sind häufig viel zu sehr zurückgesetzt; unsre Sicherheits-Anstalten sind durch das Einwirken Römischer Privilegien überall durchlöchert, und unsre Grundsätze über die Heiligkeit der Verträge haben über viele feinere Folgesätze des Römischen Contracten-Systems (z. B. in Beziehung auf die pacta adiecta) nie den Sieg davon getragen. Jeder denkende Germanist wird es einräumen, daß die feinen Verfälschungen, welche Römische Begriffe in die unsrigen gebracht haben, fast zahllos sind. Was uns würde anpassend gewesen seyn, das ist zum Theil die alte Römische Strenge; das alte Hypotheken-System, insofern es keine Privilegien kannte; und jene hohe Achtung gegen die Person des Bürgers, welche sich in Beziehung auf Criminal-Sachen, und in Ansehung der Freyheit der Emigration so laut aussprach. Allein grade diese herrlichen hellen Punkte wurden unter den Kaisern in Nacht und Finsterniß gehüllt; und so wird denn kein Deutscher Mann, dem der Himmel in diesen Zeiten der Abspannung und Demüthigung milde Deutsche Kraft und Einfalt erhalten hat, irgend eine Hauptlehre des Römischen Rechts entdecken können, von der er

behaupten möchte, daß sie ächten Deutschen Sinn zu beleben und zu befestigen im Stande sey.

Wären aber auch alle diese Vorwürfe ungegründet, so bleibt doch noch immer der, alles denkbare Schlechte übertreffende Umstand übrig, daß wir — unglaublicher Weise — in dem Römischen Recht ein Gesetzbuch haben, dessen Text wir nicht besitzen, und dessen Inhalt insofern einem Irrlicht zu vergleichen ist. Kein authentischer oder patentisirter Text ist aufgenommen, sondern das ideale Recht, wie man es nennen möchte, welches sich in den, ganz verschieden lautenden vorhandenen zahllosen Handschriften vorfindet. Die Masse dieser Varianten ist nun aber ungeheuer. Bloß in der Gebauerschen Ausgabe nimmt ihr Abdruck so viel Raum ein, als ein Viertheil des Textes; und doch ist es bekannt genug, daß bey dieser Ausgabe nicht der hundertste Theil der unentbehrlichen Hülfsmittel benutzt ist. Wie ein Gelehrter nur ein Paar Wochen lang gute Handschriften oder Ausgaben vergleicht, entdecken sich immer neue überraschende Varianten, und es läßt sich gar nicht bezweifeln, daß ein guter Theil herkömmlicher Rechtsansichten über den Haufen geworfen werden müßte, wenn unsre Cramer und Savigny so glücklich wären, zehn Jahre zu Rom an der Stelle zu sitzen, wo Brenkmann nach dem Maaß seiner Kräfte der guten Sache zu dienen suchte. Also hängt das Glück unsrer Bürger davon ab, ob unsre Gelehrten in Rom und Paris liberal behandelt werden, und fleißig sammeln,

oder nicht; und bey dem Allen ist ein fester Boden auch nicht einmal mit voller Sicherheit zu gewinnen. Denn schon in den Handschriften findet sich viel critische Willkühr, und noch mehr in den Ausgaben, ohne daß ein strenger Beweis möglich ist, weil fast alle, von den Herausgebern benutzten Handschriften unbekannt, oder verloren gegangen sind. Für Kenner brauche ich in dieser Hinsicht nur an die Haloandrischen Ausgaben der Institutionen, der Pandekten und des Codex zu erinnern, worin im Ganzen eine gewisse kritische Willkühr klar am Tage liegt, ohne daß man sie je in dem einzelnen Fall streng erweisen kann. Und wenn wir denn endlich das ersehnte Ziel erreicht hätten, wenn die Varianten aller Handschriften und Ausgaben zu Einem großen Berge zusammengefahren wären, was würde dann der Erfolg seyn? Die geschickte Auswahl aus verschiedenen Lesarten hängt in der Regel vom bloßen Gefühl ab, und die Wahl läßt sich selten streng rechtfertigen. Da werden also die critischen Zänkereyen bis ins Unendliche vervielfältigt werden, zumal da wir guten Rechtsgelehrten nichts so sehr lieben, als die Meynungen Andrer, eben weil sie von Andern herrühren, außerordentlich bedenklich zu finden, und zu der Eröffnung einer neuen Instanz alle Kräfte aufzubieten. Die Praktiker müssen aber bey solchen hochgelehrten Streitigkeiten, wie Buridans geduldiges Thier zwischen seinen beyden Heubündeln, mit unbewegtem Kopf in der Mitte stehen bleiben, oder sich

entschließen, ihre Richter so in Bewegung zu setzen, wie jener Franzose den lieben Gott, indem er für den Deutschen Gott in Hannover ein Deutsches A B C kaufte, und es mit der Bitte gen Himmel hielt: mach dir selbst ein Vater unser daraus! — Wäre dieß alles nicht, wie würde es dann auch möglich gewesen seyn, daß edle Deutsche Rechtsgelehrte es über sich hätten erhalten können, in den Zeiten der Schmach und Unterdrückung dennoch ihrem Vaterlande die Annahme des Neu-Französischen Civil-Rechts in vollem Ernste zu empfehlen!

Freylich ist es nicht zu leugnen, daß die Einführung des Römischen Rechts unserm gelehrten Treiben vielfach sehr förderlich war, besonders dem Studio der Philologie und Geschichte, und daß die ganze große räthselhafte Masse dem Scharfsinn und der Combinations-Gabe der Juristen immer viel Gelegenheit gab, und geben wird, sich zu üben und zu verherrlichen. Allein der Bürger wird immer darauf bestehen dürfen, daß er nun einmal nicht für den Juristen geschaffen ist, so wenig als für die Lehrer der Chirurgie, um an sich lebendigen Leibes anatomische Versuche anstellen zu lassen. Alle eure Gelehrsamkeit, alle eure Varianten und Conjecturen, — alles dieß hat die friedliche Sicherheit des Bürgers tausendfältig gestört, und nur den Anwälden die Taschen gefüllt. Das Bürgerglück frägt nicht nach gelehrten Advocaten, und wir würden dem Himmel inbrünstig zu danken haben, wenn es durch einfache Gesetze heraus-

gebracht würde, daß unsre Anwälde ganz der Gelehrsamkeit entrathen könnten, wie wir auch allen Grund hätten, überselig zu seyn, wenn unsre Aerzte mit sechs Universal-Arzeneyen alle Krankheiten mechanisch zu heilen vermöchten. Für wahre wissenschaftliche Thätigkeit gibt es immer so viele Gegenstände, daß man nie genöthigt seyn wird, Knoten zu schürzen, um sie nachher lösen zu können. Aber ich behaupte noch mehr: eure beste Gelehrsamkeit hat für das bürgerliche Wesen den wahren ächten juristischen Sinn von jeher nicht belebt, sondern getödtet. Die Masse des Positiven und Historischen ist zu ungeheuer. Der gewöhnliche Jurist, dem doch das Glück der Bürger in der Regel überlassen bleibt, kann diese Massen nur nothdürftig mit dem Gedächtniß festhalten, aber nie geistvoll verarbeiten. Daraus entsteht denn eine Hölzernheit und Aengstlichkeit, welche Erbarmen erregt, und am Ende liegt immer ein alter Tröster im Hintergrunde, woraus mechanisch der nöthige Rath geschöpft wird. Man vergleiche nur die Anwälde in England, wo man durch Römische Alterthümer und Varianten wenig geängstigt wird, mit unsern belebten Rechtsfreunden. Dort ist alles Leben und frische Eigenthümlichkeit, während bey uns in den mehrsten Ländern alles auf hölzerne Füße gestellt ist, und so matt und pedantisch einherschleicht, daß man am Ende kaum umhin kann, den Nabulisten, welche vom Positiven und und Gelehrten nichts kennen, aber lustig in das weite Meer hinaussteuren, vorzugsweise geneigt zu werden.

Nehmen wir nun dieß alles zusammen, so muß jedem Vaterlandsfreunde der Wunsch sich aufdrängen, daß ein einfaches Gesetzbuch, das Werk eigner Kraft und Thätigkeit, endlich unsern bürgerlichen Zustand, den Bedürfnissen des Volks gemäß, gehörig begründen und befestigen möge, und daß ein patriotischer Verein aller Deutschen Regierungen dem ganzen Reich die Wohlthaten einer gleichen bürgerlichen Verfassung auf ewige Zeiten angedeihen lasse. Ich will versuchen, zuerst die Vortheile dieser großen Neuerung anschaulich zu machen, und dann dasjenige zu beseitigen, was man etwa gegen ihre Ausführbarkeit einwenden könnte.

Zuerst, den Gelehrten zu gefallen, die Sache nur von der wissenschaftlichen Seite betrachtet: welcher unendliche Gewinn für die wahre, höhere Bildung der Diener des Rechts, der Lehrer und Lernenden! Bisher war es unmöglich, daß irgend Jemand, und wäre er auch der fleißigste Theoretiker gewesen, das ganze Recht übersehen, und mit Geist gründlich durchdringen konnte. Jeder hatte höchstens nur seine starken Seiten; an tausend Orten Nacht und Finsterniß! Von den unschätzbaren Vortheilen des Uebersehens der Wechselwirkung aller einzelnen Glieder der Rechtswissenschaft ist uns nichts zu Theil geworden. Ein einfaches National-Gesetzbuch, mit Deutscher Kraft im Deutschen Geist gearbeitet, wird dagegen jedem auch nur mittelmäßigen Kopfe in allen seinen Theilen zugänglich seyn, und unsre Anwälde und Richter werden dadurch endlich in die Lage kommen,

daß ihnen für jeden Fall das Recht lebendig gegenwärtig ist. Auch läßt sich nur bey einem solchen Gesetzbuch eine wahre Fortbildung der Rechtsansichten als möglich denken. Mit unsern bisherigen gelehrten Erörterungen haben wir uns zwar immer tiefer in Philologie und Geschichte hineingewühlt, aber der kräftige Sinn für Recht und Unrecht, für die Bedürfnisse des Volks, für ehrwürdige Einfalt und Strenge der Gesetze, ist bey diesem mühseligen Treiben immer stumpfer geworden. Was hätte sich auch für jene Fortbildung thun lassen, da die mehrsten Theile unsres positiven Rechts durch und durch verdorben sind, da wir ihre Gründe selten genau kennen, und da so auf der einen Seite keine Hoffnung der Besserung, und auf der andern Seite wenig Gelegenheit zu belebenden Erörterungen war! Wäre dagegen ein kräftiges einheimisches Gesetzbuch das Gemeingut Aller, wäre es von anerkannt bedeutenden Staatsmännern und Gelehrten verfaßt, nach reifer Prüfung und voller Benutzung des öffentlichen Urtheils, und wären dann auch dessen Gründe mit unbedingter Offenheit zur allgemeinen Kenntniß gebracht, so würde nun die wahre Rechtswissenschaft, d. h. die philosophirende, sich leicht und frey bewegen können, und Jeder würde Gelegenheit und Hoffnung haben, zur fernern Vervollkommnung dieses großen Nationalwerks mitzuwirken. Auch wäre es unschätzbar, daß nun alle Deutschen Rechtsgelehrten einen gleichen Gegenstand ihrer Untersuchungen hätten, und durch stete Mittheilung

ihrer Ideen über dasselbe Werk sich wechselseitig heben und unterstützen könnten, daß also die trostlosen Winkelpfuschereyen, unter denen bisher unsre zahllosen Particular-Gesetze daniederlagen, im Wesentlichen ganz aufhörten.

Sieht man aber auf den academischen Unterricht, so ist der Gewinn ebenfalls unermeßlich. Bisher war das, doch immer höchst wichtige Particular-Recht nirgend der Gegenstand gründlicher Vorträge auf den Academien, konnte es nicht seyn, und wird es nie werden. Denn unsre Academien bleiben gewiß, wie es heiß zu wünschen ist, allgemeine Bildungsanstalten für ganz Deutschland, und werden nie zu bloßen Landesanstalten herabsinken, wo alles unter der Abgeschiedenheit und Kleinlichkeit verkümmern muß. Wie kann aber hier jemals ein wahrer Eifer der Lehrer für das einheimische Landrecht entstehen, da sie immer bey Vorträgen über allgemeineres Recht auf ein weit größeres Publicum rechnen können, besonders insofern, als sie schriftstellerische Arbeiten unternehmen? Auch wird sich jeder Lehrer besserer Art die goldene Aussicht erhalten wollen, in andern Freyhäfen eine freundliche Aufnahme zu finden, wenn seine bisherige Stelle ihm mißfällt, also nicht zu viel aufladen, was die Freyzügigkeit beschwerlich machen könnte. So hat denn bisher über dem Particular-Recht in wissenschaftlicher Hinsicht eine schwarze Nacht gelegen, und der junge Practiker mußte sich darin immer durch eigne Kraft zu orientiren suchen; ein unglückliches Geschäft, welches selten gerieth,

da die Particular-Gesetze zu zerstreut und mannigfaltig sind, und da selten in einem Lande auch nur zehn practische Juristen das Glück haben, eine vollständige Sammlung jener Gesetze zusammenbringen zu können. So schloß sich denn in der Regel an die vornehme academische Bildung eine ungeheure Lücke, welche nur nach mannigfaltigem Wagen und Umhertappen einigermaßen ausgefüllt werden konnte. Mit einem allgemeinen Gesetzbuch wären dagegen Theorie und Praxis in die unmittelbarste Verbindung gebracht, und die gelehrten academischen Juristen würden unter den Practikern ein Wort mitreden dürfen, während sie jetzt überall mit ihrem gemeinen Recht in der Luft hängen.

Aber auch noch von einer andern Seite würde ein solches einfaches National-Gesetzbuch dazu beytragen, daß der, so wichtige practische Sinn unsrer Lernenden mehr geschärft werden könnte. Jetzt erschöpft sich alles im Auswendiglernen zahlloser verwirrter Gesetze, Definitionen, Distinctionen, und historischer Notizen. Für Wohlredenheit, für Gewandheit im Angreifen und Vertheidigen, für Ausbildung des Talents, einer Rechtssache gleich vom Anfange an den besten Wurf zu geben, für die Kunst, Geschäfte vorsichtig einzurichten, für dialektische Schärfe und Schnellkraft, — für das alles geschieht mehrentheils nichts, und kann bey der gelehrten Ueberfüllung nichts Genügendes geschehen. So werden daher unsre Entlassenen in die Welt hinausgestoßen, um selbst durch Fallen das Gehen zu lernen; und so muß man

noch dem Himmel danken, wenn nur nachher in einer langen Reihe von Jahren die Hälfte desjenigen, was ein geschickter academischer Unterricht in kurzer Zeit leicht mittheilen könnte, mühselig errungen wird. Wodurch sind auch die classischen Juristen der Römer so groß geworden? Nicht durch endlose Ableitung dunkler Rechtssätze aus Griechischen und Römischen Alterthümern; sondern dadurch, daß einfache vaterländische Gesetze die Grundlage ihrer Auslegungen waren, und daß so ungehindert für volle Gewandheit des Geistes alles Mögliche geschehen konnte. Auf jeder der Rechtsschulen zu Rom, Berytus und Constantinopel gab es nur zwey ordentliche Professoren des Rechts, aber eine Menge von Griechischen und Römischen Rhetoren und Grammatikern; und wenn damals Staatswissenschaften und Naturrecht schon so durchgearbeitet gewesen wären, wie jetzt, so würden wir gewiß, Statt Eines Professors der Philosophie, weit mehrere den Juristen beygegeben finden. Daß jene, grade in der Periode des Verfalls der Römischen Rechtswissenschaft emporgekommenen Rechtsschulen durch die große Menge ihrer Lehrer der Rhetorik und Grammatik der Rechtsgelehrsamkeit nicht aufgeholfen haben, ist freylich wahr. Allein was ließ sich in dieser Periode der Entkräftung durchsetzen? So viel läßt sich indeß immer mit Sicherheit behaupten, daß auch nicht einmal das geleistet seyn würde, was Justinianus vollbrachte, wenn auf den damaligen Rechtsschulen das Positive so ins

Unendliche gegangen wäre, als bey uns, und daß die Juristen vom gänzlichen Untergange gerettet wurden, weil ihr einheimisches Recht dem Handwerk wenig zu thun gab, und die lebhafte Mitwirkung vieler Rhetoren und Grammatiker immer ein mächtiger Damm gegen volle Barbarey blieb.

Mehr als Alles ist es aber in Beziehung auf die wissenschaftliche Bildung, daß mit der Einführung eines neuen weisen National-Gesetzbuchs der academische Rechtsunterricht in allen Theilen geistvoll werden kann. Jetzt ist nur zu vieles todt und abschreckend. Die schlechte Beschaffenheit unsrer bisherigen Gesetze hat die Folge gehabt, daß Niemand im gemeinen Leben den gangbaren Rechtszustand mit Gefallen betrachten, und sich dabey verweilen mag. Man läßt das krause Unwesen fortlaufen, wie es Gott gefällt, und bekümmert sich nicht darum. So betreten denn unsre Anfänger die Academien, ohne je über Gegenstände ihres Fachs auch nur entfernt nachgedacht zu haben, und die Lehrer des Rechts sind nie so glücklich, wie die Lehrer der Theologie und Medizin, daß sie ihre Vorträge an eine warme natürliche Vorstellungsart, und lebhafte gemeine Begriffe anknüpfen können. Unsre Naturrechte sind nicht dazu geschaffen, den civilistischen Verstand aufzuschließen und groß zu bereichern: und wären sie auch ganz, was sie seyn sollten, so würden sie doch das Interesse für das Positive nicht heben. Denn dieß schwarze, unübersehbare

Allerley läßt sich nur in einzelnen kleinen Theilen aufhellen, und mit der Philosophie in Eintracht bringen. Das Mehrste muß mit dem bloßen Gedächtniß aufgefaßt, und knechtisch angenommen werden, weil es nun einmal so ist; und daher führt hier die gespannteste Unverdrossenheit den Studierenden nie zu dem regen Eifer, und der innigen Anhänglichkeit an sein Fach, wodurch sich tüchtig gebildete Aerzte, Theologen und Physiker so oft auszeichnen. Wären wir dagegen so glücklich, ein gut gerathenes Gesetzbuch zu besitzen, welches wir mit gerechtem Stolz das Werk unsrer eignen Kraft nennen könnten, und dessen Segen sich in der Erfahrung klar erkennen ließe: so würde der Anfänger mit fruchtbaren Begriffen des gemeinen Lebens die Academie betreten, und die philosophischen und positiv-rechtlichen Vorträge würden, Statt sich einander zu zerstören, in steter wohlthätiger Wechselwirkung erhalten werden können.

Man fürchte auch nicht, daß das Studium der Philologie und Rechtsgeschichte, dessen Unentbehrlichkeit ich gern zugebe, bey einem einfachen National-Gesetzbuch irgend einige Gefahr laufe. Es wird vielmehr bedeutend gewinnen, wenn man nur die Sache von der rechten Seite ansieht, und gehörig behandelt. Belehrende und erhebende Geschichts- und Alterthumsforschungen sind nicht das mikrologische Zusammenscharren und Zergliedern jeder Kleinigkeit, sondern das Bestreben, das Lehrreiche und Fruchtbare kräftig herauszuheben, und für menschliche

Zwecke in einen lichtvollen Zusammenhang zu bringen. Wozu führt uns aber in dieser Hinsicht unser ganzes juridisches Sprach- und Antiquitäten-Wesen? An ein mißrathenes, verwirrtes, grenzenlos verwickeltes Gesetzbuch geschmiedet, müssen wir Riesenkräfte zusetzen, um chaotische Details zu erklären, welche dem gesetzgebenden Verstande wenig Nahrung geben; und bey dem allen ist doch der Blick nur höchst beschränkt auf eine Kleinigkeit gerichtet. Ein recht thätiger Gelehrter kann ein ganzes Jahr gebrauchen, um die Schicksale der Römischen Intestat-Erbfolge und Concurslehre gehörig aus den Quellen zu prüfen, und dreyßig Stunden, um darüber das wesentliche Resultat seiner Forschungen in Vorlesungen mitzutheilen. Aber was ist am Ende der Gewinn für den denkenden Rechtsforscher? Nichts, als auf der einen Seite, daß man ein altes, für die Periode roher Mannskraft passendes, sehr kurzsichtig gefaßtes Gesetz erst recht buchstäblich handhabte, aber dann durch zahllose Beschränkungen am Ende ganz zum Fallen brachte; und auf der andern Seite, daß die kräftige ältere Ansicht über die Nothwendigkeit unbedingter Sicherheit erst da und dort durch Politik und Schwäche beschränkt ward, daß eine Sünde zur andern führte, und daß am Ende das ganze Hypotheken-System sich durch sich selbst zerstörte. Ein geistvoller Lehrer könnte das, was von dem allen zur Belebung des rechtlichen Verstandes gebraucht werden kann, in wenig Stunden entwickeln; aber jetzt bedarf es zur

Erklärung des Positiven eines solchen Wustes zahlloser Details, daß man fast vor den Bäumen den Wald nicht zu sehen bekommt. Dafür muß man denn entbehren, was grade unentbehrlich ist. Denn das ist nicht die wahre belebende Rechtsgeschichte, welche mit gefesseltem Blick auf der Geschichte Eines Volkes ruhet, aus dieser alle Kleinigkeiten engherzig herauspflückt, und mit ihrer Mikrologie der Dissertation eines großen Praktikers über das: et cetera gleicht. Wie man den Europäischen Reisenden, welche ihren Geist kräftig berührt, und ihr Innerstes umgekehrt wissen wollen, den Rath geben sollte, nur außer Europa ihr Heil zu versuchen: so sollten auch unsre Rechtsgeschichten, um wahrhaft pragmatisch zu werden, groß und kräftig die Gesetzgebungen aller andern alten und neuen Völker umfassen. Zehn geistvolle Vorlesungen über die Rechtsverfassung der Perser und Chinesen würden in unsern Studierenden mehr wahren juristischen Sinn wecken, als hundert über die jämmerlichen Pfuschereyen, denen die Intestat-Erbfolge von Augustus bis Justinianus unterlag. Hätten wir daher ein einfaches einheimisches Gesetzbuch, so könnte die Zeit, welche jetzt auf tödtende, ermüdende historische Erörterungen zu verwenden ist, grade der ächten, belebenden Rechtsgeschichte gewidmet werden. Auch für die Philologie würde auf diese Art mehr geschehen können. Alle jetzigen Philologen werden es bezeugen können, daß ihnen unsre jungen Juristen nicht viel Freude machen;

und wir Rechtsgelehrten wissen den Grund am besten. Wo sollten junge Gemüther noch ungeschwächte Kraft für das philologische Studium her bekommen, wenn wir Rechtslehrer ihnen erst die Schwungfedern in einer Sündfluth wunderlicher Gesetze gebadet haben? Man gebe uns dagegen ein einfaches, unserm Volkssinn entsprechendes, in vaterländischer, kräftiger Sprache entworfenes Gesetzbuch: dann werden unsre Regierungen ohne Ungerechtigkeit verlangen können, daß jeder junge Jurist, welcher sich zum Examen stellt, die Griechischen Redner und seinen Cicero gründlich müsse studirt haben; und dann werden unsre Juristen-Facultäten auch die Freude haben, daß ihre Candidaten, nach dem neulichen Beyspiel der trefflichen Studenten in Oxford, durchreisenden hohen Häuptern mit Lateinischen und Griechischen Oden andienen können.

Sehen wir nun ferner auf das Glück der Bürger, so kann es gar keinen Zweifel leiden, daß ein solches einfaches Gesetzbuch für ganz Deutschland die schönste Gabe des Himmels genannt zu werden verdiente. Schon die bloße Einheit wäre unschätzbar. Wenn auch eine politische Trennung Statt finden muß und soll, so sind doch die Deutschen hoch dabey interessirt, daß ein brüderlicher gleicher Sinn sie ewig verbinde, und daß nie wieder eine fremde Macht den einen Theil Deutschlands gegen den andern mißbrauche. Gleiche Gesetze erzeugen aber gleiche Sitten und Gewohnheiten, und diese Gleichheit hat immer zau-

berischen Einfluß auf Völkerliebe und Völkertreue gehabt. Außerdem macht der bürgerliche Verkehr jene Einheit fast zu einer schreyenden Nothwendigkeit. Unsre Deutschen Länder können allein durch einen lebhaften, inneren, wechselseitigen Verkehr ihren Wohlstand erhalten, und von dem schneidenden Volks-Egoismus, den der Französische Code ausspricht, darf bey uns durchaus nichts gehört werden. Ist also keine Gleichheit des Rechts, so entsteht das fürchterliche Unwesen der Collision der Gesetze, wobey denn noch wieder der leidige Umstand eintritt, daß es, nach Hert, wenigstens hundert und drey und dreyßig Streitfragen über jene Collision gibt, die armen Unterthanen also bey ihrem Verkehr in solche ewige Stockungen gerathen, und in ein solches Labyrinth von Unsicherheit und Schwanken verstrickt werden, daß ihr ärgster Feind sie nicht übler berathen könnte. Die Einheit des Rechts würde dagegen den Weg des Bürgers von dem einen Lande in das andre eben und sicher machen, und schlechte Anwälde würden nicht mehr Gelegenheit finden, bey dem Verkauf ihrer Rechtsgeheimnisse die armen Ausländer schändlich auszusaugen und zu mißhandeln.

Betrachten wir nun aber noch das Recht in seinem innern Seyn und Wesen, so muß sich dem Unpartheyischen von selbst die Ueberzeugung aufdringen, daß ein weises, tief durchdachtes, einfaches und geistvolles Gesetzbuch grade dasjenige ist, was der Deutsche Bürger zu seiner

Stärkung und Erhebung unentbehrlich bedarf, damit die politische Zersplitterung, und die mit derselben unzertrennlich verknüpften Kleinlichkeiten ein tüchtiges Gegengewicht erhalten; und daß in der Regel kein einzelner Regent im Stande seyn wird, ein solches Gesetzbuch durch seine Diener entwerfen zu lassen. Es ist wahr, wir haben in Deutschland viele treffliche, geübte, erfahrene Beamte; aber fast immer nur für das, was im weitern Sinne Verwaltung zu nennen ist, also für Anwendung bestehender Gesetze. Männer, welche der Gesetzgebung, und insbesondere der allgemeinen, abstracten Gesetzgebung gewachsen sind, gibt es sehr wenige, selbst im gelehrten Stande. Dieß darf auch nicht befremden, und ist kein Vorwurf, welcher irgend eine Bitterkeit mit sich führt. Denn eine gute Gesetzgebung ist das schwerste unter allen Geschäften. Es gehört dazu ein reiner, großer, männlicher, edler Sinn; eine unbedingte Festigkeit, damit man sich nicht durch falsches Erbarmen und kleinliche Nebenrücksichten überraschen lasse, und eine unendliche Umsicht und Mannigfaltigkeit der Kenntnisse. Wo solche Bedingungen gefordert werden, da darf ein Einzelner, da dürfen Wenige Einzelne sich nicht anmaßen, daß sie die Weisheit für alle Andern besitzen, sondern die Kräfte vieler der Ersten müssen vereinigt werden, damit durch eine große Wechselwirkung etwas Gediegenes und Gegründetes vollbracht werde. Kein Deutsches Justiz-Ministerium wird, wenn es mit bescheidener Wahr-

haftigkeit reden will, behaupten mögen, daß ihm die Fähigkeit beywohne, auch nur eine einzige der vielen Hauptlehren des bürgerlichen Rechts so untadelhaft zu bearbeiten, daß das Werk kühn, nicht etwa den Advocaten und Richtern dieses Landes, sondern öffentlich den besseren Deutschen Rechtsgelehrten zur Prüfung vorgelegt werden dürfte. Auch der Geschickteste versuche, nur über Kleinigkeiten ein Gesetz zu entwerfen. Die Umfrage bey Andern, wie die spätere Erfahrung, wird immer seine Begriffe mannigfaltig berichtigen; und wer hier allein, oder nur mit wenigen Gehülfen wirkt, den wird sein Werk nach kurzer Zeit immer wieder zum Theil gereuen.

Aber es muß noch hinzugesetzt werden: die Begriffe über Gesetzgebung sind bey vielen Deutschen Staatsbeamten allmählig, und besonders in der letzten Zeit der Auflösung und Umkehrung, vielfach im höchsten Grade schief und despotisch geworden; und dieses Uebel wird eher zu- als abnehmen, wenn die Particular-Gesetzgebungen, welche als solche von der öffentlichen Stimme wenig zu fürchten haben, auch fernerhin an den unglücklichen Bürgern leichtsinnig ihre Versuche im Dunkeln anstellen. Ich brauche nur das Beyspiel eines bedeutenden verstorbenen Staatsmannes anzuführen, welcher unlängst in einem Deutschen Lande im Fach der Gesetzgebung kräftig wirkte. Er war ein Mann von festem Sinn, vieler Rechtlichkeit, großem Scharfblick, arbeitsam über alle Begriffe, und reich an Landes-

kenntnissen wie Wenige. In einem großen Collegio, als thätiger Gehülfe Vieler, aber auch nur auf seine Stimme beschränkt, würde er der Segen des Landes gewesen seyn. Allein er überhob sich seiner Kräfte, wollte für Viele und über Viele hinüber den rechten Verstand haben, oder wagte wenigstens allein zu handeln, wo der Einzelne sich allein nie alles zutrauen soll; und da erfolgte denn ein Rechts-Jammer, worunter das ganze Land tief gebeugt ward. Ewige Neuerungen und Umwälzungen; reine Unwahrheiten in sogenannten authentischen Auslegungen; Erklärungen, welche als Muster der Dunkelheit gelten können; so wie, der ungehinderten Kühnheit wegen, eine Menge ganz verkehrter Ansichten und Grundsätze! Als von der Möglichkeit der Einführung des Code Napoleon die Rede war, stellte ich ihm einmal vor: er möge einen bekannten schändlichen Artikel über uneheliche Kinder nicht durchlassen; ferner den Art. 1649, wonach bey öffentlichen Auctionen die heimlichen Mängel ungestraft mit in den Kauf gehen, als das Product eines groben Mißverstandes streichen; und endlich nicht mit dem Art. 1139 verordnen, daß bey der Verabredung einer bestimmten Zahlungszeit der Verzug doch nicht anders angenommen werden solle, als wenn namentlich ausgemacht sey, das Nichtzahlen solle als Verzug gelten, indem sich dieß ja von selbst verstehe, und der Bürger nie durch willkührliche, unnütze Formen geplagt werden dürfe. Allein die Antwort war: ad 1) Gottes Weltordnung sey auch unvollkommen;

ad 2) das werde zu viel Ueberlauf in den Gerichten machen; und ad 3) wenn der Unterthan das neue Gesetzbuch gehörig einlerne, so wisse er ja, was er zu thun und zu lassen habe. Man denke sich einen Gesetzgeber nur mit diesen drey Grundsätzen: wir können ohne Noth zerstören, weil dieß auch Blitze und Erdbeben unter Gottes Augen thun; wir können den Betrogenen verderben lassen, wenn auf diese Art die Gerichte mehr Ruhe haben; und wir können dem Bürger muthwillig Lasten aufladen, weil er sie aus dem (mühseligen, und oft unmöglichen) Studio der Gesetze kennen lernen kann: man denke sich einen Gesetzgeber nur mit diesen drey Grundsätzen thätig wirkend: welches Elend und Verderben an allen Enden! Und solchen Jammer haben wir neuerlich viel erdulden müssen, nicht durch den Willen unsrer guten Fürsten, welche außer Stande sind, die Verwickelungen der bürgerlichen Verhältnisse ganz zu durchschauen, sondern durch die Selbstsucht und die Halsstarrigkeit landesherrlicher Diener; und dieß in einer Zeit, wo man Gottes Engel vom Himmel hätte rufen mögen, um die Millionen Thränen zu trocknen, welche Noth und Elend, Schmach und Schande den rechtlichen Deutschen, vom Höchsten bis zum Niedrigsten, auspreßten!

Und wer wagt es zu sagen: es gibt unter uns nur wenige Staatsmänner mit solchen verkehrten Grundsätzen, mit dieser Beschränktheit, Eigenwilligkeit, diesem unglücklichen, verzehrenden Dünkel? Ihre Zahl ist wahrlich nicht klein, und daneben gibt es noch so viele Unwissenheit, so

viele muthwillige Verstocktheit in alten Vorurtheilen, so viele Lahmheit und Schlaffheit, daß es ein seltenes Glück seyn wird, wenn ein Deutscher Fürst sich sagen darf: ich kann mich für das große Fach der Gesetzgebung meinen Räthen sicher anvertrauen; und dieß um so mehr, da bey der Vereinigung der Diener eines einzigen Herrn gar zu leicht das Ansehn des Einen die Uebrigen zur Nachgiebigkeit verführt, und so in der Regel an keine volle Freyheit der Stimmen zu denken ist. Diese Freyheit, und eine durchdringende Allseitigkeit der Ueberlegung wird erst durch die Vereinigung Vieler aus allen Ländern erwirkt werden können; und dann mag auch ein verkehrter Kopf, oder ein sittlich Verdorbener mit unter laufen. Denn das ist grade der himmlische Segen großer collegialischer Verhandlungen: die Schaam, diese große Schutzwehr menschlicher Freyheit, wodurch auch der Hebel der Publicität so allmächtig wirkt, bändigt hier immer die Schlechtigkeit des Einzelnen. Alle werden durch die Kräfte Aller unglaublich ermuntert und gehoben; und durch ein geduldiges Erwägen aller Bedenken und Einwürfe schleifen sich am Ende die sämmtlichen Ecken so glatt herunter, daß das vollendete Werk in der Regel und im Ganzen (und auf mehr als dieses: im Ganzen darf man nie Anspruch machen!) den Beyfall jedes einzelnen Stimmenden haben wird.

Erwägen wir aber noch genauer die Vortheile des Zusammenwirkens gelehrter und geübter Rechtskenner aus

allen Deutschen Reichsländern, so wird es fast unwidersprechlich, daß nur eine solche Versammlung im Stande ist, alles Gute zu vereinigen, und allem Schlechten ein Ende zu machen. Wenn ein Deutsches National-Gesetzbuch das Resultat der National-Kraft seyn soll, so muß dabey durchaus benutzt werden, was bisher in jedem Lande für Gesetzgebung geschah. Kein Land kann zwar in dieser Hinsicht etwas Vollendetes aufweisen; aber einzelne gute Ideen finden sich doch zerstreut überall; und es gibt gewiß kein Particular-Recht, selbst so weit es durch gelegentliche landesherrliche Verordnungen ausgebildet ist, worin nicht sehr nutzbare, weise, originelle Ideen vorkommen. Dieß weiß jeder Facultist, welcher nur zufällig bey Acten-Arbeiten etwas von den Local-Rechten erfuhr. Einzelne gelehrte Germanisten können sich aber diese Schätze nicht gründlich zu eigen machen. Die Masse des Ganzen ist zu unermeßlich, und zum Theil unverständlich, sofern man nicht die Praxis des Particular-Rechts beobachtet hat, und mit der Geschichte des Landes aufs innigste vertraut ist. Stellen also unsre Regenten aus jedem Lande einen erfahrenen Kenner des Rechtes dieses Landes zu der grossen Versammlung, so würde nun eine erschöpfende Austauschung guter Ideen Statt finden, und eine reiche Erfahrung zum gemeinsamen Zweck weise benutzt werden können. Vielleicht noch heilsamer würde es aber seyn, daß nun auf diese Weise auch die Fehler sich an einander ab-

schleifen werden. Wir müssen es zugestehen: schon unter den Römischen Kaisern, und eben so sehr in dem neueren Europa, ist der Sinn für kräftige Einfalt des Rechts immer mehr abgestorben, und alles ist von Tage zu Tage mehr und mehr durch furchtsame Ausnahmen, Beschränkungen und Billigkeitssätze so herabgestimmt, daß die vielfache Kleinlichkeit unsers National-Characters gewiß in mancher Hinsicht unsrer bürgerlichen Rechtsverfassung zugeschrieben werden muß [1]). Laßt jetzt einmal Deputirte aus allen Ländern ihre mitgebrachten Kleinlichkeiten gegen einander legen: dieses Heer von Eigenthums-Beschränkungen; dieses bunte Gewirr endloser Concurs-Privilegien, und diese Unermeßlichkeit mannigfaltiger Verjährungsfristen, der kein Gedächtniß gewachsen ist. Da werden alle nothwendig von Staunen und Widerwillen ergriffen werden, und es ist mit höchster Wahrscheinlichkeit zu erwarten, daß das Uebermaaß allen die Augen öffnen, und alle zu einer weisen, einfachen Gesetzgebung zwingen wird, wobey Jeder seine Kleinlichkeiten aufgibt, um von denen des Andern befreyt zu werden. Da wäre denn die Einfalt errungen, deren wir mehr bedürfen, als viele andere Völker. Denn unsre politische Trennung, und die Beschränktheit der Kraft der einzelnen Regenten, muß mannigfaltige Kleinlichkeiten, und eine politische Gedrücktheit zur Folge haben,

1) Beyspiele habe ich schon oben S. 305 — 311 gegeben.

wodurch wir leicht zu einer gewissen Aengstlichkeit und Kleinherzigkeit gestimmt werden können. Gebt also dem Bürger das unschätzbare Glück, daß er unter dem Schutz kräftiger, ungekünstelter Gesetze in allen Beziehungen frey, sicher und trotzig gegen seinen Mitbürger auftreten, und ohne alle Aengstlichkeit und Nächstenfurcht sich des Seinigen als Familienvater, Eigenthümer und Geschäftsmann erfreuen kann. Das wird den ächten germanischen Sinn wieder aufregen, dem Staat rüstige Vertheidiger schaffen, und uns von den zahlreichen Ausgeburten befreyen, welche bisher so recht eigentlich darauf ausgingen, alle Französischen Ziererey en und Verzerrungen bey unserm Volke einheimisch zu machen.

Uebrigens bedarf es kaum einer Erinnerung, daß ein solches Gesetzbuch, wie es durch gemeinsames Wirken entstand, auch nur durch eben ein solches nachher erforderlichen Falls gebessert werden darf. Denn ohne dieß würde natürlich die beabsichtigte Einheit nur kurze Zeit bestehen, und der böse Wille würde sich überall durch schnelles Niederreißen zu rächen suchen. Die Sache müßte also wie ein Völkervertrag unter feyerlicher Garantie der auswärtigen großen alliirten Mächte behandelt werden. Man braucht auch nicht zu fürchten, daß die künftige Bewirkung nothwendiger Aenderungen eben so viele Weitläuftigkeiten veranlassen werde, als die jetzige Abfassung des Gesetzbuchs. Denn die Haupttheile des Gesetzbuchs werden in der Regel unangetastet bleiben, und die nöthigen Aenderungen im

Zweifel immer aus der Praxis, oder wissenschaftlichen Arbeiten so klar hervorgehen, daß darüber nicht viel zu rechten seyn kann. Mehr Unwandelbarkeit wird zwar unser Recht dadurch bekommen, auch da, wo Aenderungen nöthig sind. Allein darüber braucht man nicht zu erschrecken. Denn so werden wir auch umgekehrt von dem weit größeren Uebel unausgesetzter leichtsinniger Aenderungen befreyt. Eine gewisse Unbeweglichlichkeit der Gesetzgebung hat immer mehr genutzt, als geschadet, und die Engländer haben gewiß eben daher einen Theil ihrer Gediegenheit und Kraft, daß Aenderungen der Gesetze selten bey ihnen sind, und daß das Parlament nicht gleich durch jeden ersten Zweifel einzelner Richter sich zu Neuerungen verleiten läßt.

Inzwischen ist mit Sicherheit darauf zu zählen, daß die bisher entwickelten Gedanken da und dort großen Widerspruch finden werden. Ich muß daher auf die möglichen Haupteinwürfe etwas näher eingehen, wobey ich jedoch die schwierigen Seelen sich selbst überlassen muß, welche gegen alles bloß deswegen zu warnen pflegen, weil es Diesem oder Jenem mißfallen könnte. Denn dieses theilweise Mißfallen ist nun einmal bey jedem Dinge unabwendlich, und würde nicht zu vermeiden seyn, auch wenn ein Engel alles eingerichtet hätte. Auf die Mehrzahl, und auf den besseren, gediegenen Theil der Nation kommt es hier also an; und dieser wird gewiß nicht dadurch im Guten wankend gemacht werden, weil nicht alles gleich idealisch

werden, oder nicht unbedingt einem Jeden gefallen will. Es geht hier, wie mit den Beschlüssen der Majorität eines Collegii. In der Regel wird dadurch gewiß das Bessere getroffen; und daher ist der Ueberstimmte ein Verräther an der guten Sache, und wird dafür gehalten, wenn er sich nicht fügen will, oder hinterrückisch durch heimliche Verbindungen zu hintertreiben sucht, was er auf dem graden Wege der Rechtlichkeit anzugreifen hat, oder auf sich beruhen lassen soll.

Jene Haupteinwendungen nun möchte ich in heimliche und öffentliche eintheilen. Unter den letzten verstehe ich die, welche man als rechtlicher Mann ohne Erröthen vor aller Welt aussprechen darf; unter den ersten aber diejenigen, deren man sich vielleicht hin und wieder im Finstern bedienen möchte, um die Fürsten zu täuschen, und von der Wahrheit abzulenken, welche aber, laut ausgesprochen, den Warnenden der allgemeinen Verachtung aller Rechtlichen preiß geben.

Die heimlichen Einwendungen sind nun: ein solches Gesetzbuch lähme die Macht, und hemme die Freyheit des einzelnen Landesfürsten; man müsse sich jetzt in diesen schweren Zeiten aller Neuerungen enthalten; jede Umwälzung der Rechtsverfassung rege das wilde Gemüth des Volks auf, könne leicht Aufstand veranlassen, und am Ende Deutschland in eben den Strudel hineinziehen, woraus sich Frankreich in diesem Augenblicke kaum gerettet habe.

Mit dem ersten Bedenken ist nun wohl ganz leicht fertig zu werden. Denn edeln Deutschen Fürsten ist es nie darauf angekommen, daß die Unterthanen von Woche zu Woche so recht weidlich herumregiert werden, und immer Sporn und Zügel des schlechten Reiters fühlen; sondern daß sie sich unter weisen, festen Gesetzen der verdienten Ruhe erfreuen, und wo möglich ungehindert und ungeschüttelt ihr Wesen treu, ehrlich, und altherkömmlich für sich treiben. So werden denn edle Fürsten dem Schöpfer danken, wenn ihrem Lande ein bürgerliches Gesetzbuch zu Theil werden kann, welches daurende Ruhe und Sicherheit, und gute Verhältnisse zu den Nachbarn verspricht. Auch bleibt ja für die Regiersucht, wenn dieß Ungethüm wohl gepflegt fortleben soll, noch genug Thätigkeit übrig, theils in Beziehung auf die ganze Verwaltung, theils insofern nach den obigen Vorschlägen den Landesregenten, und etwa mitregierenden Ständen, die ganze Gesetzgebung im Fach der Finanzen, der Oekonomie, und der allgemeinen und besondern Polizey ungekränkt verbleibt. Und wäre es auch eine Art von Herabsetzung, daß der Regent nach jenem Plan nicht grade alles kann, was ihm seine Willkühr eingibt, so läßt sich diese Herabsetzung für gute Fürsten gar nicht abwenden, und sie selbst werden dieselbe herbeywünschen. Denn der rechtliche Fürst beugt sich gern unter die Gesetze der Zweckmäßigkeit, und würde sich für den Glücklichsten halten, wenn in keinem Zweige der Verwaltung etwas mehr zu ändern übrig wäre.

Der kleinlichen Räthe, welche sich gar zu gern hervorthun, und ihre beschränkten Ansichten recht oft in anima vili (an den Unterthanen) probiren möchten, wird es zwar immer genug geben; aber gegen sie kann das Volk den Fürsten selbst, wenn er seine wahre Hoheit erkennt, getrost zu Hülfe rufen.

Die übrigen Einwendungen sind bedenklicher, weil sie tückisch sind, und in diesen Zeiten überstandener, und doch zum Theil wieder drohender wilder Stürme ein erschrecktes, unerfahrnes Gemüth leicht ergreifen könnten, auch der Verläumder fast immer darauf rechnen kann, daß dieß und jenes hängen bleibt. Tückisch sind aber jene Einwendungen mit Rücksicht auf Deutschland im höchsten Grade. Kein Volk der Erde gibt es, welches so geneigt ist, seiner althergebrachten Verfassung willfährig anzuhängen, und seinen Fürsten getreu zu bleiben, als das biedere Volk der Deutschen. Ein Deutscher Fürst braucht, man möchte sagen, nur halb seine Pflicht zu thun, nur von Zeit zu Zeit dem Volke redlich seine Theilnahme zu beweisen, nur im Ganzen Recht und Gerechtigkeit gut zu handhaben, um der allgemeinen Liebe und Anhänglichkeit gewiß zu seyn. Der erhabene Fürst, dessen frisches Grab Badens Einwohner als die Ruhestätte eines Heiligen verehren, und dessen Andenken nie unter ihnen erlöschen wird, stand ruhig und unbesorgt, von den wildesten Volksstürmen umgeben, als angebeteter Freund unter seinen Unterthanen; und es hätte nicht einmal seiner

unübertrefflichen, weisen Regierung bedurft, um auf die Treue des Volks bauen zu können. Der Deutsche weiß zu gut, was er von jeher seinen Fürsten zu danken hatte, und kennt die Gründe, warum er ihnen ferner vertrauen, und sie in Ehren halten soll. Unsre Fürsten werden im freundlichen Wohlstande gebohren und erzogen; keine der Reibungen verfinstert ihr Gemüth, wodurch der Unterthan, und besonders der Staatsdiener, im Gedränge des mühvollen Lebens so tausendfältig ergriffen, abgestumpft, verbittert, und in seinen Grundsätzen wankend gemacht wird. Jeder von ihnen kann sich durch die erhebende Rückerinnerung an die Thaten großer Ahnherrn im Guten bestärken, und überall aus der Geschichte seines eignen Landes lernen, welchen Segen ein guter Fürst durch Mäßigkeit, Kraft, Klugheit und Gerechtigkeit über sein Volk verbreitet. Daher ist denn auch bey uns das Volk tief von dem lebendigen Glauben durchdrungen, daß wahrer Adel, Lauterkeit der Denkart, und das, was Vornehmheit im edleren Sinne genannt zu werden verdient, also Wohlwollen gegen Jedermann, Verachtung alles Kleinlichen, Unbestechlichkeit und Partheylosigkeit das Gemüth seiner Fürsten über alle Gemeinheit hinweghebe; und daher hat das Volk immer mit freudigem Herzen Gut und Blut geopfert, um die Ehre seiner Fürsten zu behaupten, und Schaden von ihnen abzuwenden, selbst wo es durch bittre Erfahrungen in seinen Hoffnungen getäuscht war. Und wo geschah dieß mehr, als grade in

diesem Augenblick heldenmüthiger Volksanstrengung, und allgemeiner Ergebung? Es gehört mehr als Bosheit dazu, wenn man selbst noch in solchen Zeiten den Fürsten von seinem Volke abwendig zu machen, ihn mit Mißtrauen und Besorgniß zu erfüllen sucht. Aber grade dieß haben wir jetzt am mehrsten zu fürchten. Denn — es muß laut gesagt werden! — die Verdorbenheit und Kleinlichkeit eines Theils der Staatsdiener mancher Länder nimmt immer mehr überhand. Nur zu gern möchte das lose Gesindel die zeitlichen Segnungen des Regierens an sich reißen, die Kraft des Fürsten lähmen, und so wie der Sturmwind im Lande umherfahren; unbewacht an allen Enden herrschen und quälen, und eigner Gemeinheit, Eitelkeit, und Habsucht alle Zügel schießen lassen. Da muß denn die reine Seele des Fürsten durch Mißtrauen vergiftet werden; da muß man alles aufbieten, daß schlechte Umgebungen die Einwirkung der Edeln des Volks unmöglich machen; und es muß künstlich darauf angelegt werden, daß sich der Herr des Landes in Prunk und Tand, in Sinnlichkeit und Trägheit ersäufe, damit nun Andre im Stillen das Ruder des Staats ergreifen, und mit ihrer Sippschaft von oben nach unten das Land durchfegen können, wie es ihnen gefällt. Das ist es, was unsre Fürsten zu fürchten haben, und mehr als je! Denn nicht so viel ist es zu beklagen, daß jüngst ein eisernes Geschick uns Freunde, Väter und Kinder raubte, und die Blüthe unsres Wohlstandes zerstörte, als vielmehr, daß uns bis auf das

Mark ein verzehrendes Gift eingeflößt ward, welches alles zu vernichten drohet, wenn nicht kräftige Gegenmittel schnell angewandt werden. Nicht haben sie es verstanden, die Schlechten und Eiteln, dem unbändigen Weltzerstörer seine guten Eigenschaften abzulernen, seine Thatkraft, seine Besonnenheit, und seinen Ernst; aber das gelang ihnen meisterhaft, durch die Betrachtung seiner Fehler, und unverständige Nachahmungssucht, alles Verderbliche und Ehrlose in sich aufzuregen, und zu befestigen. Daher diese herbe Menschenverachtung; dieses pöbelhafte Reiben an den gebeugten höheren Ständen; diese frostige, rücksichtlose Behandlung der Unterthanen; diese Hudeleyen verdienter Beamten; diese Schonung und Emporhebung der Schlechten, als brauchbarer Werkzeuge zu beliebigen Zwecken; diese wechselseitige Gönnerschaft unter allen denen, welche auf den möglichen Fall durch ihre Bosheit einander möchten schaden können; und vor allen Dingen dieses heillose Bestreben, alle Regierungsmaßregeln des Schrecklichen nachzuahmen, welche nur insofern zu rechtfertigen waren, als ein Mensch ohne sittliche Haltung, ohne wahre Größe, und ohne ererbten Namen das Wagstück zu bestehen suchte, eine eitle, untreue, verwilderte Nation zu bändigen, und zum sklavischen Werkzeuge seiner tobenden Laune zu machen. Unter diesen Menschen, und unter ihnen allein, und in den, von ihnen erlernten Gesinnungen, haben unsre Fürsten ihre Feinde zu suchen. Nur daher jener vielfach nicht zu verkennende Mißmuth, und

jene Freudenlosigkeit vieler im Volke, genährt durch die beklemmende Nebenbetrachtung, daß die Schamlosen, welche bisher bey uns dem fremden Unwesen laut huldigten, sich nun heuchlerisch in Unschuld waschen, ihr Brandmal verdeckend überall wieder einschleichen, und dann den Treuen und Rechtlichen durch schnöde Zurücksetzung und Mißhandlung den irdischen Lohn der Tugend reichlich zutheilen werden. Aber Gottes Allmacht wird es geben, daß unsre Fürsten bald ganz die Netze gewahren, welche man ihnen zu legen sucht. Auf die Biederkeit des Volks können sie dann, wie auf einen Felsen, bauen, und jede weise Neuerung wird nur noch dazu beytragen, die Unterthanen in den Gesinnungen der Treue und inniger Fürstenliebe zu befestigen.

Unter den Einwendungen, welche sich von rechtlichen Männern erwarten lassen, möchte vielleicht die scheinbarste diese seyn: das Recht müsse sich nach dem besondern Geist des Vols, nach Zeit, Ort und Umständen richten, und insofern führe ein allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für alle Deutschen zu einem verderblichen, unnatürlichen Zwange. Für diese Einwendung lassen sich freylich viele Gewährsmänner nennen. Wie oft haben wir nicht seit Montesquieu davon reden gehört, daß das Recht klüglich nach den Umständen, nach dem Boden, dem Clima, dem Character der Nation, so wie nach tausend andern Dingen zu modificiren sey? Ist man ja sogar mit diesen vorsichtigen Berücksichtigungen wohl dahin gekommen, am Ende alles Denkbare

für so eben recht, oder nicht eben für unrecht zu erklären, weil es sich finden will, daß auch das Tolleste da und dort seine Anhänger hatte. Allein, — man verzeihe mir die Stärke des Ausdrucks! — ich kann in solchen Ansichten fast nur Verkehrtheit, und Mangel tiefer rechtlicher Gefühle entdecken. Das Mehrste dabey ist nichts, als reine Vermengung gewöhnlicher Folgen einer Erscheinung mit dem, was nach der Vernunft seyn kann, und seyn sollte. Folgt der Mensch seinen Launen, seiner Beschränktheit, und jedem ersten leisen Anstoß, wie es gewöhnlich ist, und erwachsen daraus am Ende Grundsätze und Einrichtungen, so erklärt sich der Erfolg zwar recht leicht; aber damit ist er nicht gerechtfertigt. Die vier Haupttemperamente, welche man nach unsern Seelenlehren unterscheiden soll, führen, ungeleitet und ungehemmt, auch zu ganz verschiedenen Handlungsweisen; aber keine Sittenlehre wird sich dadurch in der ehrwürdigen Einfalt ihrer Vorschriften stören lassen. Wenn auch dem Choleriſchen die Vermeidung des Zorns schwerer wird, als dem Phlegmatiker, so muß er doch seinen Kopf brechen lernen, und der Phlegmatiker alle Kräfte aufbieten, um die muntre Thätigkeit des Sanguinikers nachzuahmen. So soll auch das äußere Recht darauf angelegt seyn, die Menschen zu vereinigen, und sie nicht in ihren schlaffen Angewohnheiten zu befestigen, oder ihren Schlechtigkeiten zu schmeicheln, sondern sie zur vollen Besonnenheit zu bringen, und aus dem Pfuhl elender Selbstsüchtigkeit und Kleinlichkeit herauszureißen.

Wenn daher auch in einer despotischen Verfassung die Diener ebenfalls geneigt werden, den Unterthanen zu mißhandeln, und deswegen bey einer solchen Verfassung selbst der bürgerliche Proceß leicht in das Willkührliche geht; wenn kleinliche Menschen gekräuselte Gesetze lieben, und die sittenlosen Männer einer benachbarten Nation sich nicht anders beglückt fühlen, als wenn sie einen gesetzlichen Freybrief zur Unzucht haben: so kann das ernste Recht nur darüber trauern, daß es Hindernisse findet; aber es muß, der Vernunft wegen, durchgreifen, und wird sich nicht in seinen nothwendigen Einrichtungen stören lassen. Zwar können besondere Umstände besondere Gesetze erheischen, wie es namentlich in Betreff der ökonomischen und der Polizey-Gesetze oft der Fall ist. Allein die bürgerlichen Gesetze, im Ganzen nur auf das menschliche Herz, auf Verstand und Vernunft gegründet, werden sehr selten in der Lage seyn, daß sie sich nach den Umständen beugen müssen; und wenn auch da und dort kleine Unbequemlichkeiten aus der Einheit entstehen sollten, so wiegen die zahllosen Vortheile dieser Einheit alle jene Beschwerden überreichlich wieder auf. Man überdenke nur die einzelnen Theile des bürgerlichen Rechts! Viele derselben sind so zu sagen nur eine Art reiner juristischer Mathematik, worauf keine Localität irgend einen entscheidenden Einfluß haben kann, wie die Lehre vom Eigenthum, dem Erbrecht, den Hypotheken, den Verträgen, und was zum allgemeinen Theil der Rechtswissenschaft gehört. Und selbst

in den Lehren, worauf schon mehr die menschliche Individualität einzuwirken scheint, wird man in der Regel immer finden, daß Eine Ansicht die bessere ist, sofern man nicht in kahlen formellen Demonstrationen, sondern, wie es seyn soll, in einer weisen Abwägung aller Gründe des Zweckmäßigen und Zuträglichen die gesetzgebende Thätigkeit zu erhalten sucht. So kann z. B. über die Grenzen der Ehescheidungen und der väterlichen Gewalt viel hin und her gestritten werden; aber Niemand wird doch am Ende behaupten mögen, daß es darüber verschiedene Systeme geben müsse, wenn auch Dieser und Jener hier in Zweifeln hängen bleiben, und es nicht wagen mag, sich grade unbedingt und um jeden Preis für die Eine Ansicht zu erklären. Mit einem, bloß die Deutschen betreffenden Gesetzbuch hat es in dieser Hinsicht ohnehin wenig Noth. Denn wenn auch politische Interessen gewisse Scheidungen hervorgebracht haben, so ist doch der Stamm überall derselbe; überall der gleiche treue Sinn; überall unter den Besseren gleicher Abscheu gegen Verzerrung, Ziererey und Falschheit; und die kräftigen, freundlichen Nord-Deutschen werden gewiß stets die brüderliche Liebe zu rühmen wissen, womit sie überall das tüchtige, heitere Volk der Süd-Deutschen in den letzten Zeiten an seinem Heerde empfangen hat.

Es muß aber die Sache noch weiter getrieben werden. Die belobten Rechtsverschiedenheiten, worauf die Bedenklichen so vieles Gewicht legen, sind nicht einmal Folgen

natürlicher Anlagen und örtlicher Verhältnisse, sondern die Folgen unkluger Abgeschiedenheit und unüberlegter Willkühr, wenigstens in unzähligen Fällen. Wie man den Schritt in Deutschland etwas zu weit macht, so steht man auf anderem Rechtsboden; daß ist wahr, und schon von Voltaire bemerkt. Allein wo liegt der Grund? Doch wohl nicht darin, daß auf dieser Seite eines Bachs die Sonne ganz anders scheint, als auf der andern; sondern darin, daß kein Gesetzverfasser mit dem Nachbarn zu Rath gesessen, und Jeder sein sittlich und bürgerlich seine eigne Wirthschaft für sich im Stillen getrieben hat. Damit haben wir denn ein endloses Rechtsgewirr bekommen, wie uns auch eben daher der Segen hundert verschiedener Ellen und Wagengleise zu Theil geworden ist. So ist z. B. die Lehre von der Intestat-Erbfolge die einfachste von der Welt, im Ganzen von keinen Oertlichkeiten abhängig, sondern von dem einfachen Gedanken, daß der Gesetzgeber an der Stelle des Verstorbenen so theilen soll, wie dieser theilen durfte, und wahrscheinlich selbst würde getheilt haben. Und dennoch haben wir darüber in unserm Vaterlande wenigstens tausend verschiedene Local-Rechte. Bloß in den Herzogthümern Schleswig und Holstein gibt es in dieser Hinsicht so viele abweichende Statute und Gewohnheiten, daß in Kiel ein eignes bedeutendes Collegium darüber gelesen werden muß, während das Oesterreichische Gesetzbuch mit seiner schönen Gediegenheit und Einfalt die ganze Sache für ein weites Reich mit wenig klaren Artikeln

ins Reine gebracht hat. Jeder Tag gibt davon neue Beweise. Ueber die zweckmäßige Einrichtung eines Leihhauses vereinigten sich die verständigen Männer der Nation wohl sehr leicht Eines Beschlusses; aber man hat neuerlich auch darüber die wohlweisen Stadträthe nur so in Gottes Namen für sich handeln lassen, und damit sind denn gleich mehr als tausend, vielfach sehr schlechte Variationen über dasselbe Thema erfolgt.

Freylich wird es nicht abzuwenden seyn, daß in den einzelnen Ländern da und dort eine Besonderheit als solche beyzubehalten ist, z. B. in Ansehung der Bauergüter, gewisser Grunddienstbarkeiten, u. dgl.; allein daraus folgt nichts, als daß man sie beybehalten mag, keineswegs aber, daß das große Werk dadurch in seinem Lauf gehemmt werden muß. Solche Dinge lassen sich gar leicht ausscheiden, wenn man nur ehrlich und männlich zu Werke geht, und nicht, wie auf den alten hochseligen Reichstagen, durch ewige Häckeleyen und engherzige Zweifelsucht alles muthwillig zu trüben und zu verwirren bemüht ist.

Ein zweyter, von vielen Seiten zu erwartender Haupteinwand wird die Heiligkeit des Herkömmlichen zur Grundlage nehmen. Man muß möglichst alle Umwälzungen vermeiden; das Bestehende ehren, weil es dem Bürger geläufig und insofern werth geworden ist: und selbst die anerkannten Vorurtheile des Bürgers schonen, weil es einmal außer der menschlichen Macht liegt, sie ganz zu überwältigen! So wird es an vielen Seiten her lauten, und ich bin auch gar

nicht gemeynt, im Allgemeinen solche Ansichten zu bestreiten; aber ich behaupte, daß sie dermalen wenig oder gar nicht passen, und daß sich unter jene patriarchalische Rechtsweisheit mehrentheils viel Unlauteres und Unverständiges zu verstecken pflegt.

Leichtsinnige Aenderungen sind immer verderblich, und der Character des Volks gewinnt an Kraft und Gediegenheit über die Maaße, wenn die Nachkommen fest und ehrbar auf eben dem Wege einhergehen, worauf ihre Ahnen Glück und Zufriedenheit fanden. Das ist wahr, und verdiente recht oft wiederholt zu werden, wenn nicht in den neueren Zeiten schon ohne alle wissenschaftlichen Ermahnungen so viele blutige Thränen darüber geflossen wären, daß Niemand heute wußte, wem er morgen angehören, und was ihm der Wirbelwind der Gesetzmachereyen am folgenden Tage lassen, oder rauben werde. Allein grade jene Unwandelbarkeit, jene segenvolle Stimmung des Volks zur Ehrfurcht gegen das Alterthum, kann erst durch ein allgemeines Gesetzbuch erreicht werden, welches aus der ganzen Nationalkraft hervorging, und ein Ehrenwerk genannt zu werden verdient. Läßt man uns dagegen jetzt bey dem bisherigen Recht, so bleibt uns das Schlechte, Unnatürliche, unsrer Eigenthümlichkeit vielfach Widerstreitende; und die Flickereyen von Jahr zu Jahr werden kein Ende nehmen. Gebt uns also ein solches gediegenes Ehrenwerk, und vor Allem in dieser Zeit, wo die Gemüther für das Große mehr wie je aufgeregt sind; wo

jeder rechtliche Bürger die Neigung hat, treu zu dulden und zu handeln, um doch wenigstens den Nachkommen ein gutes Erbe zu hinterlassen. Ein solches Werk, in solcher Zeit geschaffen, wird unsern Kindern und Kindeskindern ein Heiligthum werden, und so, aber auch nur so allein, wird es endlich gelingen, unserm Volke die Stetigkeit und feste Haltung zu geben, welche ihm in jeder Hinsicht so sehr anpaßt.

Man thue aber bey dem Verehren des Herkömmlichen der Sache nicht zu viel! Die wuchernden Ortsgebräuche und Gewohnheiten sind nur zu oft bloße Rechtsfaulheit, wobey es eines leisen Anstoßes bedarf, damit der Schritt zu einem andern Ziel gelenkt werde, und wobey der bessernde Gesetzgeber auf eben den Dank rechnen kann, der dem Wundarzt zu Theil wird, wenn er den Furchtsamen nach langem Sträuben durch einen leichten Schnitt von fressenden Qualen befreyte. Das sapere aude! gilt auch hier, und vielleicht mehr, als irgendwo. Der gewöhnliche Unterthan kann das Rechtsgewirr, dessen Gründe, Vortheile und Nachtheile, nicht übersehen, oder mag sich zu dem Ende nicht anstrengen. Er sucht daher in allen bedeutenden Fällen die Hülfe eines Rechtsfreundes; und ein solcher muß es ja wohl so recht eigentlich verstehen! Diesem wird dann blindlings gefolgt, wie sauer es auch dem Berathenen ankommen mag; und in der Art schleppt man sich von einem Tage zum andern. Was aber so wohl recht passen, und den Bedürfnissen des Einzelnen am besten zusagen möchte, darauf sieht die vorsehende

Praxis nicht gern, sondern mehr auf schnelle Abfertigung des Rathbedürftigen, und auf ein einfaches Formular für Jedermann, damit der Rathende ja nicht genöthigt werde, viel von seinen Verstandeskräften abzureiben, und nahrhafte Kunden über der Vielheit fahren zu lassen. Man kann in dieser Hinsicht Cicero's Spöttereyen in der Rede pro Murena als lautere Wahrheit gelten lassen. Noch kürzlich ist mir ein Fall der Art vorgekommen, daß über zweyhundert Ehepaare in Betreff ihrer, vertragsmäßig zu bestimmenden Güterrechte eintönig nach demselben Formular bedient wurden. Zwar wollte es da und dort nicht recht einleuchten, daß z. B. eine reiche, feine Frau mit einem rohen Verschwender in die engste Gütergemeinschaft gebracht wurde; aber der bedachtsame Rechtshelfer hatte nun einmal von nichts Anderm wissen wollen, und so mußte es ja doch wohl das Beste seyn. So ging jedes Paar mit seinem, anständig eingelösten Bogen davon, und konnte sich am Ende doch wenigstens damit trösten, daß alles Getränk eine besondere Güte hat, wenn man recht etwas ordentliches dafür bezahlen mußte.

Freylich wird es nun auch wohl hier oder dort der Fall seyn, daß einzelnen Gewohnheitssündern das herkömmliche Schlechte gar zu lieb und bequem geworden ist, besonders insfern bedenkliche Rechtskenner vom alten Schlage ihnen mit weisem Rath zur Seite stehen. Allein darauf muß man nun einmal in unserm lieben Vaterlande rechnen, daß

einzelne Originale solcher Art niemals aussterben. Das Uebel hebt sich indeß leicht, wenn man den Ton des Amtmanns in Gellerts Fabeln zu treffen weiß. Und dazu hat man jetzt ein doppeltes Recht. Als man, da und dort den Degen halb gezogen, die Deutschen liebreich ermahnte, den Französischen Code anzunehmen, da wußten sich die altdeutschen, ehrwürdigen, heilsamen Einrichtungen nicht schnell genug zurückzuziehen, als ob sie nie da gewesen wären, und von Widerbellern ward wenig gehört. Die Stimme einheimischer Vernunft kann also jetzt wenigstens so viel Achtung und Folgsamkeit verlangen, als die fremde Unverschämtheit, und es würde unserm Volke zur ewigen Schande gereichen, wenn der verständige, wohlwollende Vaterlandsfreund nicht durchsetzen könnte, was dem, bloß listigen, tückischen Ausländer ohne große Mühe gelang, und bey dauerndem Glück unfehlbar ganz gelungen seyn würde.

Noch könnte man vielleicht ferner einwenden: die Abfassung eines solchen Gesetzbuchs über Privat-, Criminal- und Proceß-Recht durch eine so große Versammlung, wozu jedes Land wenigstens einige Mitglieder zu ernennen habe, müß ehöchst langwierig und kostbar werden. Allein nur die Kleingeistigkeit kann einen solchen Einwand machen. Die Summe der Kraft, welche auf ein solches Werk zu verwenden ist, beträgt nicht ein Tausendtheil dessen, was man aufsetzen muß, wenn ferner in jedem Lande, wie bisher ein neues Gesetz das andre verdrängt, und damit sogar noh die

bloße Rechtsanwendung grenzenlos schwierig und kostbar gemacht wird. Auch läßt sich darauf rechnen, daß die Vollendung des Werks in zwey, drey, vier Jahren geschehen kann, da wir in dem Preußischen und Oesterreichischen Gesetzbuch, dem Französischen Code, und in dem, was neuerlich in Sachsen und Bayern vollbracht ist, so höchst lehrreiche Vorarbeiten haben, daß Vieles schon jetzt als abgethan angesehen werden kann. Die Kosten sind aber wohl nicht des Nennens werth, und werden für jedes Land schwerlich mehr betragen, als der Unterhalt einiger berühmten Schauspieler und Schauspielerinnen. Sollte indeß irgend ein Oberrechner darauf beharren, daß seine Casse zu solchen Zwecken nichts hergeben könne, so werden die Richter und Anwälde des Landes, wenn sie ihren wahren Vortheil verstehen, gern bereit seyn, die kleine Ausgabe aus dem Ihrigen zu bestreiten. Denn wie unendlich war der geschickte practische Jurist bisher dadurch beschränkt, daß er mit seinem Wissen in andern Ländern nichts anfangen konnte, und daher oft lebenslänglich gebückt und gedrückt auf der Erdscholle stehen bleiben mußte, wo ihn das Schickfal auf die Welt geworfen hatte! Ein gleiches bürgerliches Deutsches Recht würde auch diese Beschwerde heben, den Fürsten die Wahl brauchbarer Diener erleichtern, und verdiente Männer gegen die Mißhandlungen des Nepotismus und der Aristocratie in die gehörige Sicherheit setzen.

Eine sehr große Schwierigkeit bleibt indeß auf jeden Fall in der, schon lange herkömmlichen Widerspännstigkeit der Beschränkten und Selbstsüchtigen grade bey solchen Gelegenheiten, wo davon die Rede ist, daß etwas Tüchtiges und Großes ins Werk gerichtet werden müsse. Wie weit es Deutsche Schwäche in dieser Hinsicht getrieben hat, und treiben konnte, zeigen die alten Reichstags-Verhandlungen, welche fast nur an die Polnischen Reichstage erinnern. Inzwischen darf man nicht vergessen, wie eigenthümlich grade der jetzige Augenblick ist, und wie viele Gründe es gibt, wenigstens dießmal auf etwas Außerordentliches zu rechnen. Alle Völker Deutscher Abkunft haben sich in diesen Zeiten mit herzlicher Liebe vereinigt, und wo man hinblickt, da findet man unter ihnen die Feinde versöhnt, und die Freunde inniger als je verbunden. Durch ihren Muth und ihre Ausdauer ist glücklich gelungen, was noch vor einem Jahr unglaublich schien, und Jeden beseelt der Wunsch, daß dieser große Augenblick über alle Deutschen Brüder für viele Jahre seinen Segen verbreite. Unsre Regenten können daher den letzten Act nicht so kahl enden, daß sie dem Volk die Ehre lassen, alle alten Schlechtigkeiten durch grenzenlose Opfer wieder erlangt zu haben. Es muß, — nicht mit tändelnder Ziererey, welche sich an der Schale erschöpft, sondern mit Mannskraft, welche das Wesen zu durchdringen vermag, — etwas Großes, Edles, Erhebendes geschehen, damit den

Kämpfern ein würdiger Lohn ihrer Arbeit zu Theil werde; damit sie ferner ihren Fürsten als Männern vertrauen. Die Volksstimme wird sich in dieser Hinsicht nicht beschwichtigen lassen, und die Gewalt der Zeit wird unwiderstehlich von unten nach oben wirken, wenn es in den Köpfen beschränkter Räthe nicht von selbst aufthauen will. Auch können die edeln Deutschen Fürsten und Staatsmänner, denen ungebührliche Schwierigkeiten gemacht werden, sicher auf den Schutz der großen Monarchen rechnen, welche jetzt der Welt den Frieden gegeben haben, und schon insofern, als sie für das Glück der Urheber alles Uebels mit seltener Großmuth das Aeußerste thaten, gewiß nicht unterlassen werden, unser edles Volk, dem sie einen wesentlichen Theil ihrer Fortschritte verdanken, mit Rath und That kräftig zu unterstützen.

Am wenigsten lasse man sich aber dadurch irre machen, daß die gänzliche Umänderung unsers bürgerlichen Rechts unter den eigentlich gelehrten Rechtskennern vielleicht die mehrsten Widersacher finden wird. Das wird stets so bleiben; und jetzt ist es gar nicht anders zu erwarten. Bittre Worte müssen darüber gesagt werden; aber die Wahrheitsliebe macht diese Bitterkeit zur Pflicht. Was hat denn in diesen dürren Jahren die Nation von den Gelehrten an Unterstützung erhalten, von ihnen, denen die ganze Welt zum Broderwerb offen steht, und denen die Freymüthigkeit um

so mehr obgelegen hätte, da sie mehr, wie Andre, die Fähigkeit besitzen, auf eine feine und geschickte Art der Wahrheit gebührend zu huldigen? Fast nirgend entdecken wir, auf unsre letzte Vergangenheit zurücksehend, gelehrte Catonen; aber leider genug Feige, Eitle, niedrige Kriecher und Schmeichler, und eigennützige Gelegenheitsmacher, zum Theil mit grenzenloser Schamlosigkeit, so daß es zur ewigen Warnung wohl der Mühe werth wäre, alle Elendigkeiten, wodurch unsre Gelehrten in diesen Zeiten ihr Vaterland schändeten, in einer derben Chronik der Nachwelt zu überliefern. Lassen wir aber auch diese Trostlosigkeiten auf sich beruhen: für kräftige Umwälzungen wird die Mehrzahl der eleganten Juristen nie gestimmt seyn. Keiner von ihnen übersieht in der Regel das ganze Recht; wenigen von ihnen werden die Bedürfnisse des Volks durch Beobachtung klar, und die mächtige Triebfeder des Eigennutzes wird keinen in Bewegung setzen, vielmehr wird es immer vortheilhafter für sie seyn, die mühsam errungenen critisch-historischen Schätze in gehöriger Sicherheit zu halten, und gegen bessernde Einrichtungen zu kämpfen, damit ihnen nicht die Pflicht werde, den neuen Menschen anzuziehen. Welche Erfahrungen haben wir in dieser Hinsicht gehabt! Luther erkannte es, daß das Kanonische Recht den Protestanten durchaus nicht anpaßte. Nach wiederholtem Eifern verbrannte er dasselbe öffentlich vor den Thoren von Wittenberg. Aber grade die ge-

lehrten protestantischen Juristen wurden seine ärgsten Widersacher, und am Ende mußte er sich selbst noch wieder zu Vorlesungen über das verhaßte Gesetzbuch verstehen, um doch wenigstens gegen die gröbsten Mißbräuche kräftig warnen zu können. Auch edle Triebfedern mögen hier zur Einseitigkeit führen; aber die Einseitigkeit bleibt was sie ist. Ein geistvoller, tief gelehrter Rechtskenner, welcher die schwersten Untersuchungen mit brennender Lust und Liebe zur Sache, und einer glücklichen Gewandheit anstellt, setzt nur zu leicht voraus, daß sein Publicum durch ihn entzündet werde, und daß am Ende vielleicht Jedermann sich auf die Höhe des Meisters schwinge. Allein prüft nun nachher, was euren Zuhörern, auch den Besten, hängen geblieben ist, und wie sich in der Folge der Lehrling macht, wenn er sich eine Weile durch das schwerfällige und quälende bürgerliche Leben hindurch gearbeitet hat. Da wird auf die rosenrothen Hoffnungen des Meisters eine finstre Demuth folgen, und da wird die Ueberzeugung unvermeidlich werden, daß nur die Rechtswissenschaft der Verbreitung und voller Wirksamkeit fähig seyn kann, welche dem gemeinen Verstande auf dem graden Wege zugänglich ist, und in dem gemeinen Verstande die hauptsächlichsten Grundlagen für ihre Lehren hat. Das kann man freylich zugeben, daß wir vielleicht künftig für die Abfassung

eines neuen Gesetzbuchs noch fähiger werden, als wir jetzt sind; allein vielfach gesunken, und gegen ferneres Sinken keineswegs gesichert, könnten wir auch leicht das umgekehrte Schicksal haben; und so darf denn die jetzige Generation verlangen, daß man sie nicht ungewissen Hoffnungen opfere, und daß man zunächst für ihr Glück, als die sicherste Grundlage des Glücks der Nachkommen, gebührende Sorge trage.

Zwanzigste Abhandlung.

Ueber die Vereinbarlichkeit der actio negotiorum gestorum des Geschäftsführers mit einem, demselben von einem Dritten gegebenen Auftrage.

In der dritten Auflage meines Pandekten-Systems habe ich §. 969. bemerkt, die Geschäftsführung werde nicht geändert durch Ratihabition, oder einen ungültigen Auftrag, „noch auch — so heißt es wörtlich weiter — dadurch, daß ein Dritter dem Geschäftsführer die Besorgung der Angelegenheiten des Geschäftsherrn aufgetragen hat, wenn auch gleich der Geschäftsführer in Rücksicht dessen, welcher ihm den Auftrag ertheilte, als Mandatar zu behandeln ist.“ Die Note d. gibt zur Bestärkung dieses hier wörtlich angeführten Satzes folgende Allegate: L. 3. §. ult. L. 4. L. 21. §. ult. L. 28. L. 46. §. 1. de negot. gest. (3. 5.) L. 14. C. eod. (2. 19.).

Jene Sätze nun, wenigstens der erste Theil derselben, sind hier vor einigen Jahren öffentlich in einer Inaugural-

Schrift angegriffen worden [1]), und zwar von einem meiner ausgezeichnetsten Zuhörer, auf dessen, oft von mir erprobte Freundschaft ich immer stolz seyn werde. Sein offener Angriff verdient eine offene Antwort; und so will ich hier denn, weil ich meine oben erwähnte Ansicht für die bessere halte, männliche Gradheit ehrend und fordernd, das Gleiche mit Gleichem zu vergelten suchen.

Der Fall, welcher bey unserm Streit in Frage kommt, ist einfach dieser: Die Geschäfte des A. übernimmt B. als negotiorum gestor, überträgt aber darauf weiter dem C. durch ein Mandat die Besorgung derselben. Hier ist nun soviel ganz gewiß, daß C. Mandatar des B. ist, daß also zwischen B. und C. die gewöhnlichen Mandats-Klagen Statt finden. Auch dieses Verhältniß berührt der Text meines Pandekten-Systems, und von den erwähnten Allegaten der not. d. sollten darauf gehen L. 21. §. ult. L. 28. de negot. gest. (3. 5.); mithin trifft mich nicht der Vorwurf, daß diese beyden Fragmente nichts für das zweyte Verhältniß beweisen, wovon jetzt gleich die Rede seyn soll, nämlich für das Verhältniß zwischen A. und C. In Ansehung dieses Verhältnisses nun sind die zwey Fragen:

1) Welche Klagen hat A. gegen C.? Darauf ist die Antwort einfach: A. ist in Rücksicht des C. bloßer dominus negotiorum. Denn C. bekam von A. keinen

1) F. G. Heinecken de negotiatione quam vocant speditoriam. Heidelb. 1811. p. 34—37.

Auftrag, und das Mandat des B. ist für A. eine res inter alios acta, mithin steht dem A. gegen den C. die actio negotiorum gestorum directa zu. Früher scheinen zwar einige Römische Classiker geglaubt zu haben, daß diese Klage dem A. nur insofern gegen C. zustehe, als C. wußte, wessen Geschäfte er besorge; allein zuletzt ward die Klage unbedingt zugelassen [2].

2) Kann aber auch umgekehrt C. den A. durch die actio negotiorum gestorum contraria belangen? Darüber hat man Anfangs in Einer Hinsicht etwas geschwankt, aber später nicht mehr. Der Glossator Joannes ließ nämlich im Ganzen jene Klage des C. gegen A. zu, jedoch unter der Einschränkung: C. müsse gewußt haben, daß das von ihm besorgte Geschäft den A. angehe. Da indeß das neuere Recht im Allgemeinen die milde Ansicht angenommen hat, daß der Irrthum des gestoris über die Person des domini negotiorum gestorum sein Klagrecht nicht aufhebe, sofern er das Geschäft nicht irrig für sich selbst besorgte [3], so verwarf Accursius mit Recht jene Einschränkung [4]; und auf diesem Wege gingen dann fort Cujacius [5], und, so viel ich weiß, alle anderen

2) L. 6. §. 2. 4. L. ult. de negot. gest. (3. 5.) L. 14. C. eod. (2. 19.) verglichen mit jenen Pandekten-Fragmenten.

3) L. 6. §. 9. 10. eod.

4) Ad L. 3. §. ult. eod.

5) Quaestiones Papiniani lib. 9. ad L. 53. qui fide mandati (opp. T. 4. p. 207. 208.).

Rechtsgelehrten [6]). Diese, nun auch von mir gebilligte Theorie, hat schon allgemeine Begriffe ganz für sich. Denn in Beziehung auf A. verwaltete C. dessen Geschäfte ohne Auftrag, und nach der Regel: inter alios acta etc. geht das Mandat des B. den C. nichts an. Entscheidend dafür sind auch folgende Gesetze:

L. 3. §. ult. de negot. gest. (3. 5.) Ulpianus lib. 10. ad edictum:

Apud Marcellum quaeritur, si cum proposuissem negotia Titii gerere, tu mihi mandaveris, ut geram: an utraque actione uti possim? Et ego puto, utramque locum habere; quemadmodum ipse Marcellus scribit, si fideiussorem accepero negotia gesturus; nam et hic dicit, adversus utrumque esse actionem.

L. 4. ibid. Idem lib. 45. ad Sabinum:

Sed videamus, an fideiussor hic habere aliquam actionem possit? Et verum est, negotiorum gestorum cum agere posse, nisi donandi animo fideiussit.

L. 14. C. eod. (2. 19.) Imp. Alexander A. Mutiano Rufo:

Si mandatum solius mariti secutus, tam ipsius, quam uxoris eius negotia gessisti, tam tibi quam mulieri invicem negotiorum gestorum

6) Z. B. Lauterbach coll. L. 3. T. 5. §. 10. §. 419. Günther princ. iur. Rom. T. 2. §. 1103.

competit actio. Ipsi sane, qui mandavit, adversus te mandati actio est; sed et tibi adversus eum contraria, si quid forte supererogasti.

Das letzte Gesetz insbesondere ist so bestimmt wie möglich; es setzt einen gültigen Auftrag des B. an C. voraus, und doch soll C. gegen A. actione negotiorum gestorum klagen können, und umgekehrt.

Die mir gemachten Haupteinwendungen gehen im Wesentlichen dahin: Es gehöre zur Natur der negotiorum gestio, daß der Geschäftsführer freywillig handle. In unserm Fall aber sey C., wegen des von B. übernommenen Auftrags zum Handeln für A. verpflichtet, mithin sey seine Geschäftsführung keine freywillige Handlung. Auch entscheide folgendes Fragment ganz gegen meine Ansicht:

L. 53. mandati (17. 1.) Papinianus lib. 9. quaestionum:

Qui fide alterius pro alio fideiussit praesente, et non recusante, utrosque obligatos habet iure mandati. Quod si pro invito, vel ignorante, alterutrius [7]) mandatum secutus fideiussit, eum solum convenire potest, qui mandavit, non etiam reum promittendi. Nec me movet, quod pecunia fideiussoris reus liberetur; id enim contingit, etsi meo mandato pro alio solvas.

Allein den ersten Einwand kann ich nicht gelten lassen. Nur soviel sagen die Gesetze, daß der, welcher unentgeltliche Auslagen machen mußte, wie z. B. ein alimentirender Vater, seine Auslagen nicht zurückfordern könne. Tutoren und

7) Gewiß liest man sonst besser: alterius.

Curatoren sind gezwungene negotiorum gestores, und doch haben sie als solche Entschädigungsklagen gegen den Mündel, wenn man auch ihre Klagen mit einem besondern Kunstnamen bezeichnet. In unserm Fall läßt sich genau genommen auch nicht einmal behaupten, daß C. gezwungen handelte. Denn die Uebernahme des Mandats war eine freywillige Handlung, also ist im Grunde auch alles freywillig, was daraus folgt; und ohnehin kann ja das Mandat einseitig aufgegeben werden. Die Analogie der actio de in rem verso unterstützt meine Ansicht noch sehr. Denn diese Klage findet ja nicht bloß dann Statt, wenn Jemand an einen Zweyten zum Besten eines Dritten ohne vorhergehenden Vertrag etwas hergibt, sondern auch, wenn erst nachher auf den Vertrag das Geben folgt. Die L. 53. cit. kann aber leicht entfernt werden, wenn man nur daran denkt, daß alle Fragmente im Zweifel nach der Rubrik des Titels zu verstehen sind, worunter wir sie jetzt gestellt finden. Danach muß man denn mit Cujacius [8]) sagen: Die L. 53. cit. steht unter dem Titel vom Mandat, und insofern ist es bloß von der Mandatsklage zu verstehen, wenn Papinianus für unsern Fall dem C. die Klage gegen A. abspricht. Wollte man dieses natürliche Auskunftsmittel aber auch nicht zulassen, so würde nur gesagt werden können: in den Pandekten ist ein Widerspruch darüber, ob in dem mehrerwähnten Fall C. gegen A. die Actio negotiorum gestorum habe; aber der Codex entscheidet ganz bestimmt für die Zulässigkeit dieser Klage, und daran hat sich denn der Praktiker zu halten.

8) S. vorhin Note 5.

LIBRARY
FEB
3
1964
UNIVERSITY OF TORONTO

PLEASE DO NOT REMOVE
CARDS OR SLIPS FROM THIS POCKET

UNIVERSITY OF TORONTO LIBRARY

UTL AT DOWNSVIEW
D RANGE BAY SHLF POS ITEM C
39 09 01 05 08 024 2